



TESIS DOCTORAL

EL RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UN REMEDIO SINGULAR

***(PARA PREVENIR E INDEMNIZAR EL ACCIDENTE
DE TRABAJO Y LA ENFERMEDAD PROFESIONAL)***

Autor:

JOSÉ DELGADO RUIZ

Directores:

***JESÚS R. MERCADER UGUINA
MARÍA SOL HERRAIZ MARTÍN***

**DEPARTAMENTO DE DERECHO SOCIAL E INTERNACIONAL
PRIVADO**

ÁREA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Colmenarejo, septiembre de 2016

SUMARIO

PRELIMINAR.....	19
 PRIMERA PARTE EL RECARGO DE PRESTACIONES: CONCEPTO Y NATURALEZA	
CAPÍTULO I. EL CONCEPTO DE RECARGO DE PRESTACIONES.....	37
1. Aspectos nucleares de la definición legal.....	39
2. Antecedentes: la retrospectiva histórica.....	43
3. Rasgos básicos del concepto.....	57
4. Referencias comparadas.....	79
CAPÍTULO II. LA NATURALEZA COMPLEJA DEL RECARGO.....	87
1. El riesgo profesional como presupuesto.....	89
2. Los defectos de su aplicación.....	94
3. Ordenación de planos y dinámica.....	102
4. Concurrencia de órdenes jurisdiccionales.....	107
 SEGUNDA PARTE. INFRACCIONES Y RESPONSABILIDAD.	
CAPÍTULO III. LOS ÁMBITOS DE LA INFRACCIÓN.....	123
1. Esquema general: el doble ámbito.....	125
2. La necesaria presencia de falta como presupuesto del recargo.....	128
3. Entorno físico e inobservancia normativa.....	131
4. Intervención del trabajador.....	158
5. De la infracción al daño: la relación de causalidad.....	169
CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO.....	177
1. Aspectos previos.....	179
2. La dimensión privada: el contrato de trabajo.....	182
3. Responsabilidad compartida.....	190
4. El desplazamiento de responsabilidad por aseguramiento.....	201
5. El rechazo de responsabilidad por la Seguridad Social.....	207
CAPÍTULO V. LA DIMENSIÓN SOLIDARIA DE LA RESPONSABILIDAD.....	217
1. Exordio.....	221
2.- Manifestaciones y rasgos caracterizadores de la solidaridad.....	229

3. Dinámica y funciones de la obligación solidaria.....	247
4. La protección social: solidaridad y seguridad.....	267

TERCERA PARTE. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

CAPÍTULO VI. DE LA ÍNTEGRA REPARACIÓN DEL DAÑO Y SUS DESEQUILIBRIOS.....	277
1. Aspectos esenciales de la reparación íntegra.	279
2. Límites cuantitativos del recargo.	288
3. Procedimiento administrativo.....	303
4. La recaudación del recargo.....	313
5. La protección jurisdiccional.....	325
CAPÍTULO VII. DE LOS OBLIGADOS A REPARAR.....	333
1. Planteamiento y ejes de la cuestión.....	335
2. La dependencia como vínculo y obligación.	346
3. El compromiso público.....	356
4. Deber de protección e infracción social.....	373
5. Derivaciones finales.....	381
CONCLUSIONES.....	403
BIBLIOGRAFÍA.....	441

ÍNDICE DETALLADO DE CONTENIDOS

PRELIMINAR

PRIMERA PARTE

EL RECARGO DE PRESTACIONES: CONCEPTO Y NATURALEZA

Capítulo I

El concepto de recargo de prestaciones

1. Aspectos nucleares de la definición legal.
2. Antecedentes: la retrospectiva histórica.
 - 2.1. Los orígenes: la normativa de accidentes de trabajo en 1900.
 - 2.2. Su integración en el naciente sistema de Seguridad Social de 1966.
 - 2.3. La evolución hasta el texto refundido de 1994.
3. Rasgos básicos del concepto:
 - 3.1. Figura controvertida.
 - 3.2. Aplicación desigual.
 - 3.3. Vinculación necesaria entre infracción y resultado dañoso.
 - 3.4. Porcentaje variable según la gravedad de la falta.
 - 3.5. Aseguramiento prohibido.
 - 3.6. Responsabilidad independiente y compatible.
4. Referencias comparadas.

Capítulo II

La naturaleza compleja del recargo

1. El riesgo profesional como presupuesto.
 - 1.1. El deber de protección del empresario.
 - 1.2. El derecho a la protección eficaz de los trabajadores.
2. Los defectos de su aplicación.
 - 2.1. El difícil equilibrio de funciones.
 - 2.2. El objetivo de la reparación y sus desviaciones.
3. Ordenación de planos y dinámica.

- 3.1. Infracción única y diversidad de efectos.
- 3.2. Compatibilidad de indemnizaciones.
- 4. Concurrencia de órdenes jurisdiccionales.
 - 4.1. Las distintas vertientes procedimentales.
 - 4.2. Conflictos de competencia.
 - 4.3. Primacía y exclusividad del orden social.

SEGUNDA PARTE

INFRACCIONES Y RESPONSABILIDAD

Capítulo III

Los ámbitos de la infracción

- 1. Esquema general: el doble ámbito
- 2. La necesaria presencia de falta como presupuesto del recargo.
 - 2.1. La infracción del empresario, noción inagotable.
 - 2.2. El mecanismo de activación del recargo.
- 3. Entorno físico e inobservancia normativa.
 - 3.1. El entorno físico.
 - 3.1.1. Las carencias y defectos en los dispositivos de precaución: una lista interminable.
 - 3.1.2. Infracciones específicas.
 - 3.1.2.1. Sobre maquinaria y artefactos.
 - 3.1.2.2. Sobre instalaciones y lugares de trabajo.
 - 3.1.2.3. Sobre medios de protección personal.
 - 3.2. La inobservancia normativa.
 - 3.2.1. La deuda de protección debe entenderse en sentido amplio.
 - 3.2.2. Infracciones generales en la acción preventiva.
 - 3.2.2.1. Culpa in vigilando.
 - 3.2.2.2. La falta de control en la salud del trabajador.
 - 3.2.2.3. Omisión del deber de informar sobre riesgos y medidas a adoptar.
 - 3.2.3. Falta de adecuación al puesto de trabajo.
 - 3.2.3.1. Por razón de sus características materiales y funcionales.
 - 3.2.3.2. Por razón de las condiciones personales del trabajador.

4. Intervención del trabajador.
 - 4.1. Planteamiento general.
 - 4.2. La imprudencia profesional no desplaza la responsabilidad.
 - 4.3. Cuando la conducta imprudente es tolerada.
 - 4.4. Concurrencia de culpas.
 - 4.5. Especial referencia a la embriaguez y otros supuestos concretos.
5. De la infracción al daño: la relación de causalidad.
 - 5.1. Determinación y rasgos esenciales.
 - 5.2. Supuestos de exclusión: temeridad y caso fortuito.

Capítulo IV

Responsabilidad del empresario

1. Aspectos previos.
2. La dimensión privada: el contrato de trabajo.
 - 2.1. Criterio restrictivo de responsabilidad empresarial
 - 2.2. Responsabilidad directa y no exclusiva del empleador.
3. Responsabilidad compartida.
 - 3.1. En contratas y subcontratas.
 - 3.1.1. Delimitación de lugar y centro de trabajo.
 - 3.1.2. Descentralización productiva.
 - 3.2. En empresas de trabajo temporal.
 - 3.2.1 Fundamentos de imputación.
 - 3.2.2 Supuestos de aplicación.
4. El desplazamiento de responsabilidad por aseguramiento.
 - 4.1. La cuestionada y decreciente prohibición de aseguramiento.
 - 4.2. La naturaleza pública de la prestación y su recargo.
 - 4.3. Imposibilidad de aseguramiento privado o complementario.
 - 4.4. Aseguramiento de prestación y aseguramiento de la prevención de riesgos.
5. El rechazo de responsabilidad por la Seguridad Social.
 - 5.1. Ni anticipo de prestación ni subsidiariedad de pago.
 - 5.2. Su equívoco tratamiento recaudatorio y procesal.

Capítulo V

La dimensión solidaria de la responsabilidad

1. Exordio.
 - 1.1. Aproximación al concepto de solidaridad en el ámbito del Derecho
 - 1.2. La vertiente jurídica de la solidaridad.
- 2.- Manifestaciones y rasgos caracterizadores de la solidaridad.
 - 2.1. Su presencia en el Derecho Común.
 - 2.1.1. En el Derecho de Obligaciones.
 - 2.1.2. La referencia básica al artículo 1137 del Código Civil.
 - 2.1.2.1. Su naturaleza de excepcionalidad.
 - 2.1.2.2. Carácter expansivo de la solidaridad.
 - 2.2. Proyecciones en el ámbito del Derecho Social.
 - 2.2.1. En el contrato de trabajo y en el contenido de sus distintas prestaciones.
 - 2.2.2. Su acogimiento por la jurisprudencia como instrumento de garantía.
 - 2.2.2.1. *La primigenia función extensiva de protección del crédito.*
 - 2.2.2.2. *Su papel clarificador en la teoría del levantamiento del velo y en la determinación del concepto de empresario.*
3. Dinámica y funciones de la obligación solidaria.
 - 3.1. Empresa y empresario.
 - 3.1.1. Determinación del verdadero empresario.
 - 3.1.2. Esquema elemental de responsabilidad.
 - 3.2. Función protectora.
 - 3.2.1. Ante el fraude de ley.
 - 3.2.2. Superación de la apariencia.
 - 3.3. Imputación de responsabilidad: marco y límites.
 - 3.3.1. El sustrato personal *in extenso* y contenido material.
 - 3.3.2. El argumento del vínculo directo, su intensidad o grado de cohesión.
 - 3.3.3. Criterios de exclusión y limitación.
4. La protección social: solidaridad y seguridad.
 - 4.1. Evolución del diseño legal.
 - 4.2. El sistema público de prestaciones.

TERCERA PARTE

LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Capítulo VI

De la íntegra reparación del daño y sus desequilibrios

1. Aspectos esenciales de la reparación íntegra.
 - 1.1. Daño único.
 - 1.2. Articulación de indemnizaciones diversas.
2. Límites cuantitativos del recargo.
 - 2.1. Regla general de compatibilidad e independencia.
 - 2.2. Supuestos de controversia.
 - 2.3. Porcentaje aplicable.
3. Procedimiento administrativo.
 - 3.1. El expediente sancionador.
 - 3.2. La declaración del recargo.
4. La recaudación del recargo.
 - 4.1. Constitución de rentas.
 - 4.2. Devolución por nulidad.
 - 4.3. Supuestos específicos.
5. La protección jurisdiccional.
 - 5.1. Insuficiente y confusa.
 - 5.2. Propuesta de concentración y eficacia.

CAPÍTULO VII

De los obligados a reparar

1. Planteamiento y ejes de la cuestión.
 - 1.1. Responsabilidad por hecho ajeno.
 - 1.2. El empresario infractor.
 - 1.2.1. Empresario real y aparente.
 - 1.2.2. Nuevas manifestaciones.
 - 1.2.3. La empresa como institución social.
 - 1.2.4. Comunidades de bienes.

2. La dependencia como vínculo y obligación.
 - 2.1. La tercera persona.
 - 2.2. Protección descendente.
3. El compromiso público.
 - 3.1. Elementos nucleares.
 - 3.2. Administración y culpabilidad.
 - 3.2.1. Papel de garantía.
 - 3.2.2. Principios de personalidad y voluntariedad.
 - 3.2.3. Efectos de la mera inobservancia.
 - 3.2.4. Imputación sucesiva.
 - 3.3. Diversidad de autores.
4. Deber de protección e infracción social.
 - 4.1. La prevención como obligación administrativa.
 - 4.2. La infracción en el orden social.
 - 4.2.1. Falta de vigilancia.
 - 4.2.2. Autoría, negligencia y graduación.
5. Derivaciones finales.
 - 5.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración.
 - 5.1.1. Mecanismo integrador de reparación.
 - 5.1.2. Ámbitos de actuación.
 - 5.1.3. Dinámica y alcance.
 - 5.2. Propuesta de regeneración.
 - 5.2.1. El recargo hoy.
 - 5.2.2. A modo de cierre (provisional).

CONCLUSIONES

Primera. El recargo es parte de la prestación y no un elemento ajeno que se añade a la misma.

Segunda. El debate sobre su naturaleza constituye expresión de su elástica complejidad.

Tercera. El recargo encuentra causa en una infracción pero no constituye sanción.

Cuarta. Un mito insostenible que debe caer, el de la responsabilidad exclusiva del empresario.

Quinta. Solidaridad, factor clave por extensión.

Sexta. La reparación integral del daño, ideal de justicia.

Séptima. La Administración ni asume ni garantiza el abono del recargo.

Octava. La tutela judicial se muestra insuficiente, tardía y equivoca.

Novena. La responsabilidad por hecho ajeno constituye premisa ineludible de su ordenación y mejora.

Décima. Dependencia, factor clave por subordinación.

Décimo primera. El compromiso público como síntesis

Décimo segunda. Su integración en la responsabilidad patrimonial del Estado simplifica su mecanismo y dinámica.

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil.
AS	Aranzadi Social.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BBOO	Boletines Oficiales.
BIB	Bibliografía
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
C. de c.	Código de Comercio.
CE	Constitución Española.
CP	Código Penal.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ET	RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, y 2/2015, de 23 de octubre, vigente (BOE de 24 de octubre) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
ETT	Empresa de trabajo temporal.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
L.	Ley.
LCT	Ley de Contrato de Trabajo, texto refundido Libro I aprobado por Decreto de 31 de marzo de 1944 (derogado).
LEC	L. 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero).
LETT	L. 14/1994, de 1 de junio, por las que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE de 2 de junio).
LGC	L. 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE de 17 de julio).
LGSS	RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, derogado (BOE de 29 de junio), y 8/2015, de 30 de octubre, vigente (BOE de 31 de julio), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LGP	Ley General Presupuestaria.

LIRPF	RDLeg. 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas (BOE de 10 de marzo).
LISMI	L. 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de Minusválidos (BOE de 30 de abril).
LISOS	RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (BOE de 8 de agosto).
LJCA	L. 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (BOE de 14 de julio).
LJS	L. 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre).
LO.	Ley Orgánica.
LOE	LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE de 12 y 24 de enero).
LOFAGE	L. 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE de 15 de abril).
LOIMH	LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo).
LOITSS	L. 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22 de julio).
LOLS	LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE de 8 de agosto).
LOPJ	LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio).
LOTIC	LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 5 de octubre).
LPL	RDLeg. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 11 de abril).
LPRL	L. 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 11 de noviembre).
LRJPAC	L. 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre).
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
RA	RD. 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General sobre inscripciones de empresas y afiliación, alta, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero).
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación. Editorial Aranzadi.
RECUD	Recurso de casación para la unificación de doctrina.
RD.	Real Decreto.
RGR	Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social (BOE de 25 de junio).
RL	Relaciones Laborales.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia. Editorial Aranzadi.
RPS	RD. 928/1988, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE de 3 de junio).
RSP	RD. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE de 31 de enero).
RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional.
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social.
SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.
SNS	Sistema Nacional de Salud.
SOVI	Seguro Obrero de Vejez e Invalidez.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (seguido del correspondiente ámbito territorial determinado por la Comunidad Autónoma).
TCT	Tribunal Central de Trabajo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.

TJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TOL	Tirant On Line. Base de Datos jurídica de la Editorial Tirant Lo Blanch.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

PRELIMINAR

El riesgo se encuentra presente en toda actividad laboral y, aunque varíe según la tarea que el trabajador desempeñe, tiene origen en la naturaleza personalísima de la prestación¹, que le obliga a mantener contacto directo con las herramientas y demás útiles del trabajo en un escenario concreto que casi siempre le viene impuesto. Además, siendo la seguridad de las personas principio fundamental de toda sociedad civilizada, cabe sostener primero que, a diferencia del empresario, *el trabajador no arriesga su patrimonio sino su propia piel*² y concluir después que tal hecho le convierte al mismo tiempo en víctima potencial de daño y objeto de protección social. Por ello debería despertar nuestras conciencias la pasividad con que a menudo se asume el siniestro y su fatalidad en determinadas actividades laborales. Pese a los remedios paliativos y soluciones preventivas que la normativa propone, existen todavía demasiados accidentes y la siniestralidad que aparejan se muestra insoportable. Sin duda, la noción de riesgo se ha instalado definitivamente en el actual modelo de sociedad³, quizá como expresión del temor que desde tiempos inmemoriales atenaza todas las culturas y como proyección hacia los peligros que el futuro, siempre incierto, encierra.

Por más etapas históricas que queramos evocar existe una constante que evoluciona según sean la naturaleza del riesgo, individual o colectivo, y el remedio empleado para combatirlo; ya se llame previsión, prevención o precaución. En esa dinámica, ni los avances tecnológicos han podido extirpar la noción misma de inseguridad ni son garantía alguna de que pueda desaparecer y ser fuente de nuevos peligros. Cabe entonces deducir que en el camino que ahora transitamos cuanto más compleja se hace la sociedad mayor riesgo ofrece, desatando dos lógicas consecuencias: primero el aseguramiento, variable en su naturaleza e intensidad⁴, y después la responsabilidad

¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid 1999, pág. 54. Advierten los autores que el alcance de tal expresión debe ser entendida en sentido jurídico estricto, al margen de la noción sociológica que denota el grado de relación entre las partes del contrato de trabajo y que con frecuencia ni siquiera acontece.

² SUPIOT, A. *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS, Madrid, 1996, pág.90. A continuación de la cita trascrita, ya clásica, en la versión original del francés (Presses Universitaires de France, Paris 1994, p. 68) puede leerse: *Et c'est d'abord pour sauver cette dernière que le droit du travail s'est constitué. C'est-à-dire pour affirmer un impératif de sécurité dans le travail.*

³ BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona 1997, pág. 133. Resulta especialmente interesante el análisis que el autor realiza al tratar el reparto de los riesgos entre distintas capas y clases de la sociedad, cuya agudización de contrastes entiende todavía vigente en algunos ámbitos como el trabajo asalariado y cuya concreta dimensión en buena medida viene a neutralizarse con lo que llama *la globalización de los riesgos civilizatorios*, cuya máxima resume con una ingeniosa y rotunda cita: *donde todo se transforma en peligros, ya no hay nada peligroso. Donde ya no hay escapada, se acaba por no pensar más en ello.*

⁴ NIETO GARCÍA, A. *Derecho Administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid 1994, pág. 38. El señalado factor de complejidad queda vinculado al intervencionismo administrativo y a las eventuales

en afrontarlo que, a modo de llave maestra, afrontamos mediante la reparación de los perjuicios ocasionados⁵.

Tomando en consideración los parámetros hasta ahora señalados como aspectos capitales de nuestra reflexión, nos proponemos abordar qué se asegura, cuánto y por quién. Primero partiremos del original concepto de accidente de trabajo ligado a la omisión del deber de seguridad que al empresario incumbe, pasando después por la imputación de quienes en su producción intervienen -más allá del contrato de trabajo en sentido estricto- para acabar residenciando la responsabilidad en la sociedad misma con superación del viejo modelo basado en la culpa. Y ello a través del mecanismo de la solidaridad social, entendida como instrumento efectivo de imputación, y con invocación del compromiso público que a la Administración Pública corresponde en su papel de vigilancia y garante de seguridad.

Pero antes de llegar a esta conclusión (que ya desde ahora queda desvelada), se hace preciso en esta presentación preliminar tensar el hilo que une los dos extremos de nuestro argumento para conseguir un doble efecto: primero, resaltar y visibilizar sus principales ejes; y después, dar consistencia al soporte sobre el que vamos a transitarlo de parte a parte. Y lo hacemos convencidos de que hay red en caso de caída y que el intento merece la pena en todo caso.

-I-

Algunos autores analizan la situación confusa que vive el complejo campo de la reparación del daño en el orden social partiendo desde un sistema de indemnización tasada hasta llegar al sistema actual de *acumulación no coordinada de indemnizaciones*⁶. Y entienden su protección tradicional como un equilibrio de intereses entre la compensación automática y la inmunidad, al tiempo que ven la responsabilidad civil del empresario como un elemento adicional que se desliza desde el criterio de la culpa a otro más elaborado que quieren justificar en el *principio del riesgo*, de naturaleza marcadamente objetiva. Aquí descubren el fundamento de la cobertura pública que al daño proporciona la Seguridad Social por representar un justo equilibrio de factores en que sobresale la dimensión social del trabajo: la

sanciones derivadas del incumplimiento de la norma que sientan una regla general: el Estado tiende a intervenir cada vez más en los factores que influyen en la seguridad y salubridad en detrimento de otros de naturaleza económica de los que no cabe inhibirse pues opera como realidad previa al Derecho que no puede desconocerse y dejarse fuera de toda regulación.

⁵ P. DURAND, *La política contemporánea de Seguridad Social*. MTSS, Madrid 1991, pág. 51

⁶ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. *Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones* en VV.AA. *Cien años de Seguridad Social*. Fraternidad Muprespa 2000.

creación de empleo por el empresario debe garantizar cuantas consecuencias sean inherentes a tal hecho, incluidos los daños producidos por las actividades peligrosas que comporte. *Por ello la culpa es el criterio de imputación en el que debe fundarse la declaración de una obligación indemnizatoria a cargo del empresario que viene a complementar la ya otorgada a través del sistema de Seguridad Social*⁷. Trascendiendo tan categórico y germinal fundamento, también se ha querido ver en la responsabilidad civil del empresario un papel preventivo en la tutela de la seguridad en el trabajo como valor constitucional que debe ser objeto de la máxima protección⁸.

Partiendo de este contexto, en la primera parte de este estudio abordamos el concepto y la naturaleza del recargo que a las prestaciones de la Seguridad cabe añadir cuando la contingencia profesional llega como consecuencia de una infracción al deber de seguridad. En su origen histórico, y al amparo de la ley de accidentes de trabajo de 1900, dicho incremento tiene un carácter puramente resarcitorio; después se integra en el naciente sistema de Seguridad Social con un marcado acento sancionador y evoluciona así hasta los textos refundidos de 1994 y vigente de 2015. Esta dualidad ha venido estigmatizando sus rasgos identificativos, abriendo un inacabado debate su naturaleza por extenderse a todas las contingencias profesionales, tramitarse como parte de la prestación misma pero quedando sujeta su cuantía a un porcentaje que se establece sobre la gravedad de la falta y estar prohibido tanto su aseguramiento público como privado.

No podemos olvidar que la responsabilidad del empresario encuentra fundamento seguro no solo en la infracción de las obligaciones genéricas que impone la normativa común (artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 16 del Convenio de OIT número 155/1981, entre otros) sino sobre todo en los aspectos conectados directamente a la culpa extracontractual y a su falta de previsión, incorporándose así al elenco transgresor un conglomerado genérico y abstracto de deberes que haría eventualmente imposible la imposición de sanción alguna al quedar ausente el componente de tipicidad. Pero en el ámbito de la responsabilidad civil son otros elementos los que intervienen en su determinación final como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia al tratar una colorista gama de supuestos en que la mera falta de previsión decide su culpa...

... lo que permite afirmar que, sin hacer abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, pueden aceptarse las soluciones cuasi objetivas (.../...), exigencia de una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada y aplicación de la doctrina del riesgo, (.../...) pues la culpa extracontractual sancionada en el artículo 1902, aplicable igualmente al 1903, consiste, no

⁷ Así lo contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 30 septiembre 1997 (RJ 6853).

⁸ CALVO GALLEGOS, F. J., *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil contractual del empleador*. Editorial Aranzadi 1988.

*ya en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia (criterio este último al que no podría acogerse la recurrente), lo que constituiría imprudencia grave, sino también en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en la que se actúa, que no permitían hacer caso omiso del citado antecedente*⁹.

De donde se deriva –conforme expresa Nuestro Más Alto Tribunal- que *la obligación de resarcir no se basa, pues, de modo exclusivo, en la objetivación de la responsabilidad y en la doctrina del riesgo*, por cuanto el resultado dañoso debe conectarse a una conducta previsible y evitable, imponiéndose en todo caso un enlace preciso y directo -o nexo causal- entre culpa y daño. Interesa destacar que en el tratamiento de esta cuestión ya late uno de sus aspectos nucleares que después analizaremos y que hace referencia a la concurrencia de distintos órdenes jurisdiccionales, toda vez la desigual valoración que de los mismos hechos cabe mantener desde perspectivas dispares.

El recargo de prestaciones de la Seguridad Social, cuando deriva de omisión de *medidas de seguridad e higiene en el trabajo* (tal es la expresión clásica) causantes del accidente o la enfermedad profesionales, exige, según reiterada jurisprudencia, en primer término la existencia de nexo causal adecuado entre, de un lado, la conducta pasiva del empleador y, de otro, el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores. Dado su carácter punitivo y sancionador, ha de aplicarse con criterio restrictivo y en particularizado examen del conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso concreto, lo que no impide que la consecuencia represora se efectúe sobre la abstracción del deber genérico de seguridad contenido tanto en medidas particulares o reglamentadas como en otras conectadas a obligaciones generales, sin duda exigibles ambas en el ámbito laboral¹⁰.

⁹ La STS (Sala Primera) de 1 de octubre de 1988 (RJ 1998/7556) centra su análisis tanto en la omisión del empresario en la entrega del material adecuado como en la omisión del antecedente, dándose por tanto no solo culpa «*in eligendo*» e «*in vigilando*» sino también y como más importante, en que con anterioridad a los hechos enjuiciados ya se había producido en la propia empresa un accidente similar, al utilizar un andamio de la misma casa, lo que debió llevarla a investigar la causa o a no utilizar tales andamios, de manera que el accidente no era imprevisible y, con la utilización de las cautelas necesarias, era evitable, siendo tal extremo culpabilístico.

¹⁰ En estos términos lo recogen las sentencias que dicta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de marzo, 27 de abril y 26 de noviembre de 1994 (AS 1994/1246, 1492 y 4406), que vincula el cumplimiento de dicho deber de seguridad a *un prudente empleador con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, que sin duda conecta, en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social, con el derecho básico de la relación laboral, recogido en los artículos 4.2 y 19 del Estatuto de los Trabajadores, el principio de derecho "alterum non laedere" con anclaje constitucional en el artículo 15 CE y finalmente, en términos de gran amplitud, con los artículos 1104 y 1902 CC, tanto para el ámbito de las relaciones contractuales como extracontractuales.*

En este esquema normativo básico recalca el deber de vigilancia y seguridad impuesto a los empleadores, incorporando además un nuevo matiz que se nos antoja determinante a los fines de fijar su eventual responsabilidad:

*(.../...) ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial, que son criterios coincidentes con los recogidos en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo de 22 de junio de 1981 y ratificado por España en 26 de julio de 1985, en cuanto impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores*¹¹.

Existen obligaciones genéricas en materia de prevención que surgen de la aplicación directa del artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores y 16 del Convenio de la OIT número 155/1981; pero también otras de aspecto y formulación más concretos que guardan precisa relación directa con la ejecución material de las obras y se vinculan a los conceptos de culpa *in eligendo* e *in vigilando*. En este específico ámbito también cobran especial relevancia la noción de precaución y el amplio régimen de medidas preventivas ente los que se incluyen los antecedentes y la experiencia previa, factores que sin duda imponen al empresario extremar la cautela sobre las condiciones en que la tarea se lleva a cabo. Tan radical y básico planteamiento determina que la jurisprudencia se haya decantado por la solución cuasi objetiva de la culpabilidad, lo que en la práctica comporta la inversión de la carga de la prueba a la hora de establecer la responsabilidad del agente productor del daño. Y ello al margen del factor moral o psicológico y del juicio de valor que pueda hacerse sobre la conducta objeto de examen¹².

La consecuencia de este planteamiento deriva a la exigencia de una diligencia específica más intensa que la administrativamente reglada y determina la aplicación de la doctrina del riesgo de modo ajustado a la enseñanza jurisprudencial que antes hemos indicado, toda vez la culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil se encuentra no solo en *la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, lo que constituiría imprudencia grave, sino también en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en la que se actúa*, en aplicación del viejo aforismo *in lege aquilia levissima culpa venit*, de inexcusable observancia por nuestros tribunales en la reparación integral del daño¹³.

¹¹ STSJ Cataluña 2 julio 1999 (AS 1999/3137).

¹² A este respecto, véase la STS de 10 julio 1943 (RJ 1943/856) sobre inversión de la carga probatoria.

¹³ STS (Civil) de 1 de octubre de 1988 (RJ 1998/7556).

De este modo se llega a la fácil conclusión de que los cánones clásicos de la tipicidad formal decaen en el accidente de trabajo a la vista de la infinita variedad de situaciones en que el mismo puede acontecer. La conducta pasiva del empleador (consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a todo un universo de máquinas, instrumentos o lugares de trabajo, entre otros) presenta una gama infinita de matices y solo cabría la exclusión de su responsabilidad en el estrecho margen de lo fortuito o la imprudencia del trabajador accidentado¹⁴.

No obstante, dado el constituyente punitivo y sancionador que toda reparación puede comportar, tanto la identificación del agente como el establecimiento del nexo de causalidad han de aplicarse con criterio restrictivo y atendiendo a las concretas circunstancias, sin olvidar que el marco normativo, aun siendo riguroso y estable en su contorno y configuración, no deja de ser expresión del nuclear principio de derecho *non alterum laedere*, y que por fuerza todo su entorno queda penetrado de un reconocible propósito justiciero y reparador. Además cuenta en su jubilosa articulación positiva con respaldo constitucional, operado desde el propio artículo 15 de la Norma Básica, y con la entregada acogida que le dispensan los textos básicos de los órdenes civil y laboral: los artículos 4.2, d) y 19 del Estatuto de los Trabajadores definen el marco general cuando, de un lado, se fija que los trabajadores tienen derecho *a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene* y, de otro, se incorpora el concepto de la *protección eficaz* como aspecto esencial del mismo, con puntual desarrollo en las disposiciones de la vigente ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales¹⁵.

Según vemos, entre los contornos imprecisos de la ley y la dinámica de esa tarea tuitiva, abstracta y exigente, sobrevive la figura del recargo, objeto de nuestro estudio, que aúna dos características que se repelen y complementan a un tiempo porque junto a su tratamiento segregado y marginal, por razón de inercia histórica e incómodo encaje normativo, constituye institución jurídica repleta de potencialidad y futuro como expresión de última y definitiva reparación del infortunio laboral.

¹⁴ La imprudencia del trabajador cobra protagonismo en el supuesto que estudia el Auto del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2016 (recurso 2884/2015) porque, aunque pueda admitirse un factor de azar en la producción del accidente, la omisión en el deber de proporcionar los materiales y medios de protección adecuados se desvela como causa concurrente del mismo.

¹⁵ La descripción del marco normativo general se ve complementado tanto para el ámbito de las relaciones contractuales como extracontractuales por el Código Civil en sus artículos 1104 y 1902; y en el ámbito internacional por el Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo de 22 de junio de 1981 (RCL 1985\2683), ratificado por España en 26 de julio de 1985, que en su artículo 16 impone a los empleadores, *en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores* (STSJ Cataluña 2 julio 1999 -AS 1999/3137-).

Sin duda su papel como instrumento básico del sistema de protección social viene ligado al deber de protección que al empresario incumbe de manera expresa y directa a partir de la reglamentación preventiva del riesgo laboral. El derecho a la protección eficaz de los trabajadores se traduce en un correlativo deber que se muestra en la práctica del todo punto ilimitado frenado solo por la imprudencia temeraria de la víctima o las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. En este contexto regulatorio resultan inevitables unos resultados disfuncionales que, debidos a su naturaleza compleja, nuestra figura ha ido adquiriendo con el tiempo, por cuanto se instala en su código genético el binomio sanción-reparación que se muestra muy inestable en la consecución de ese doble y malogrado propósito, produciendo desequilibrios y desviaciones constantes.

Además, el proclamado principio de concurrencia y compatibilidad de indemnizaciones para la obtención de una reparación integral del daño no solo determina anomalías de carácter sustantivo en orden a su cuantificación sino verdaderos conflictos entre los distintos órdenes jurisdiccionales en concurso. Estos aspectos básicos serán objeto de atención pormenorizada en la primera parte de nuestro trabajo que aglutina los dos capítulos iniciales bajo epígrafes referidos, sucesivamente, al concepto y naturaleza del controvertido mecanismo de reparación que nos proponemos analizar.

-II-

Pero al margen de su origen y naturaleza, en la mayoría de las ocasiones el accidente llega acompañado, en un marco complejo de elementos materiales y personales: la concurrencia de culpabilidades en la producción del mismo es fruto de inevitables espacios compartidos y cuando acontece, junto a la atribución de culpa exclusiva de la víctima, a menudo también hay negligencia del resto de agentes, aunque fuere atenuada, ya por consentir la prestación del trabajo en condiciones deficitarias de seguridad ya por acción u omisión de obligaciones.

Además de la concurrencia de autores en la producción del daño, cabe añadir un aspecto clave en la determinación de responsabilidad si consideramos que los accidentes del trabajo pueden obedecer a pluralidad de razones. En efecto, no siempre estamos en condiciones de discernir la causa concreta determinante de los mismos, hecho que nos pone de bruces frente al principio de solidaridad entre los posibles causantes del daño. Es sin duda alguna una tendencia de extensión, hasta piadosa, que tiene por finalidad hacer más llevadera la carga del evento dañoso compartiendo sus consecuencias. La respuesta de la jurisprudencia a este fenómeno puede condensarse en la frase que sigue, repleta de un intenso aroma protector y expansivo:

De ahí que en estos casos en que existe negligencia profesional del operario, derivada de la confianza en el desempeño de su labor, puede concurrir al mismo tiempo una causa clara y codeterminante del accidente, como es la infracción de normas sobre seguridad y prevención de accidentes por parte de la empresa que fue sancionada administrativamente¹⁶.

Conforme a este nuclear criterio es lógico pensar que la concurrencia de culpabilidades elimina la atribución exclusiva de la víctima. Así, siempre podemos partir de la negligencia inicial como factor desencadenante del accidente por no haberse empleado el celo debido en la ejecución de la tarea, pero esa primera impresión -por mínima y falaz- no basta. Es preciso abordar las circunstancias en que la misma se desarrolla y el escenario en que se produjo el accidente; porque además de ese reproche individual puede darse al mismo tiempo la negligencia del empresario que permite defectos y carencias en el entorno laboral, bien sea por permitir que el trabajo se lleve a cabo en determinadas condiciones produciéndose el resultado dañoso bien por no aportar los medios adecuados para la ejecución de aquél.

En este último escenario tiene lugar la eventual infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo que, en definitiva, vienen a complicar la determinación del verdadero causante, más allá de la concreta imputación que al accidentado se pueda dirigir por razón de confianza determinante de culpa profesional; y sobre todo cuando media sanción administrativa que además concurre con el establecimiento de otras responsabilidades en un colorista panel de consecuencias repetidas e indeseadas¹⁷.

Por eso la segunda parte, sobre infracción y responsabilidad, traza la línea sobre la que se vertebra el argumento central de nuestra postura en relación con el recargo: dividido en tres capítulos, el nominado *Los ámbitos de la infracción*, que da entrada al número III, se inicia con el esquema general que nos sitúa en el núcleo mismo del precepto legal que lo regula para incidir en su doble aplicación, tanto por accidente de trabajo como por enfermedad profesional, y establecer como punto de partida los dos ámbitos en que se desarrolla distinguiendo entre el material y el jurídico; uno marcado por la carencia o defectos que pueden presentar los dispositivos de precaución reglamentarios, y el segundo por la mera inobservancia de la normativa en materia de seguridad. Ahora bien, designar sus espacios o las causas de su nacimiento implica también destacar un hecho determinante de su producción: la necesaria presencia de

¹⁶ La STS (Sala de lo Civil) de 28 octubre 1995 (RJ 1995/5086) aprecia *una inicial negligencia culpable del operario, consistente en no haber utilizado la espátula de noventa centímetros para las operaciones de limpieza, pero también una negligencia por parte de la Empresa -si bien atenuada y que traduce matemáticamente en un veinticinco por ciento-, deducida de permitir el trabajo en condiciones que han permitido ser aprehendida la mano del operario por los rodillos en marcha, carentes de la chapa o rejilla protectora que impida el acceso a la zona de rodamiento.*

¹⁷ Sobre este particular aspecto, la referida sentencia concluye que la empresa no puede quedar exonerada de responsabilidad, puesto que la infracción -y consecuente sanción administrativa- descarta la culpa exclusiva de la víctima.

infracción en su nacimiento determina una extensión inagotable del mecanismo de activación que necesariamente conecta con la lista interminable que representa no solo la enumeración de causas físicas sino la amplitud ilimitada de lo que haya de entenderse como deber de protección del empresario. Y es justo en esta tipicidad -tan atípica- donde el recargo encuentra su más genuina expresión porque las infracciones generales en la acción preventiva no solo llegan por la imputación genérica de culpa *in vigilando*, sino por la falta de control en la salud del trabajador y por la omisión del deber de informar sobre los riesgos y las medidas a adoptar. Y ello sin considerar las infracciones específicas que sí tienen un soporte reglamentario claro al proyectarse sobre aspectos concretos de maquinaria y herramientas, instalaciones y lugares de trabajo, medios de protección personal o afectan singularmente a supuestos muy intervenidos como los relacionados con la conducción o el tráfico de vehículos, el acoso moral, la cesión prohibida de trabajadores o el atraco, entre otros de carácter fronterizo.

Las infracciones también alcanzan al plano preventivo en la protección de los trabajadores especialmente sensibles, donde los deberes de información se refuerzan y juegan un papel determinante las condiciones personales del trabajador en orden a su adecuación al puesto de trabajo por razón de sus características materiales y funcionales.

Inevitablemente este capítulo no puede dejar al margen un aspecto capital como es el determinado por la relación de causalidad que debe darse entre infracción y resultado dañoso. Pero tal vínculo debe quedar sujeto al escaso margen que el principio de presunción de inocencia tiene en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales, por cuanto únicamente el caso fortuito y la fuerza mayor comportan la exoneración de responsabilidad del empresario, siendo que la imprudencia profesional del trabajador por sí sola no rompe el eslabón de la cadena de causalidad alcanzando el grado de comportamiento temerario cuando se hace incumpliendo las estrictas instrucciones de la empresa y no cuando se trata de conducta tolerada, existe concurrencia de culpas o hay dudas sobre la causación cierta del daño en supuestos singulares como los producidos por embriaguez, atraco o suicidio, entre otros.

Los capítulos IV y V nos transportan desde la responsabilidad que deriva del contrato de trabajo a la que cabe predicar de su dimensión social. Representa un avance cualitativo en la consecución de nuestra propuesta final, porque si el escenario contractual es fácil de situar, más problemático se hace residenciar la imputación en otros agentes distintos ya al empresario ya al trabajador. Para ello se hace preciso partir de la deuda de seguridad en el contrato individual que inexcusablemente nos conduce a la figura del empresario para seguidamente conectarla con los puntos comunes y las diferencias existentes entre las culpas contractual y *aquiliana*, porque es evidente que junto a la dimensión privada en que se desarrolla esa relación, existe otra compartida que necesariamente toma carta de naturaleza en los supuestos de contratas, descentralización productiva y empresas de trabajo temporal. De igual

modo que también cabe mostrarse muy precisos cuando distinguimos entre la aplicación de un criterio restrictivo y la imputación directa, que no exclusiva, del empresario: lo primero por razón de gravamen; esto último, por mera cuestión práctica. Es justamente la constatación de este territorio de seguridad en la primera atribución de culpa, el factor que impone su apertura a otras funciones de mayor riesgo porque la simplicidad del mecanismo no necesariamente está reñida con su capacidad de transformación. Y en este juego de posibilidades debemos abordar el desplazamiento de responsabilidad por aseguramiento porque una cosa es la imposibilidad de sustituir la autoría de la infracción y otra muy distinta desplazar a un tercero las consecuencias gravosas de la misma. De ahí que cada vez más se cuestione la prohibición de aseguramiento de un recargo que se reconoce y abona por las entidades de la Seguridad Social, no lo olvidemos, como parte inseparable de una prestación pública en un contexto legislativo en que predomina no la voluntad de las partes surgida de un contrato privado sino el marcado acento de una política social en materia de prevención de riesgos donde tiene un papel determinante la Administración General del Estado en su papel de vigilancia y garantía de la seguridad en el trabajo.

Por ello, tomando como corolario el sentido y alcance de la doctrina del Nuestro Más Alto Tribunal que sintetiza la sentencia de la Sala Primera de fecha 1 de octubre de 1988 antes referida, respecto del controvertido concepto moderno de culpa, debemos mantener que *no consiste solamente en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, sino que abarca aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica, y aquellas otras en que, partiendo de una actuación diligente y lícita, no solo en su inicio sino en su desarrollo, se produce un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación o reproche de la acción.*

En esta decisiva línea argumental cabe también incluir los tipos de riesgo que en materia penal se dan con frecuencia al considerar que no es necesario que la amenaza se concrete en una lesión efectiva, sino que basta la mera constatación de que se pone en peligro la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores para la producción del ilícito. Desde este mismo enfoque, la Sala Segunda del Tribunal Supremo también ha tenido oportunidad de manifestarse sobre aspectos de interés relacionados con la noción de culpa que venimos tratando. Así, en materia de prevención de riesgos laborales, parte del tipo delictivo contenido en el artículo 316 del Código Penal¹⁸ y advierte que en su aplicación final deben considerarse los *varios elementos normativos que obligan, para la integración del mismo, a tener en cuenta lo dispuesto fuera de la propia norma penal.* Y en relación con el sujeto activo del delito entiende

¹⁸ El mencionado precepto literalmente expresa: *Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios adecuados para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*

que las personas legalmente obligadas en supuestos de persona jurídica han de ser *los administradores y encargados del servicio que, conociendo el riesgo existente en una determinada situación, no hubieren adoptado las medidas necesarias para evitarlo mediante la observancia de las normas de prevención atinentes al caso*. Además, calificado como delito de omisión, identifican la expresión con que comienza el precepto (*los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales*) con las personas responsables de tal carencia para finalmente conectar la misma con una situación de riesgo, esto es, que *se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo*¹⁹.

Es precisamente la noción de culpa en el actuar del patrono la que introduce el elemento punitivo que la Administración, en el régimen público sancionador, lleva hasta límites incluso de ejemplaridad social para olvidar quizá la suya propia. Porque al margen de sarcasmos y paradojas, el recargo de prestaciones siempre ha sido una indemnización especial considerada como un simple y puro aumento de la que se fija con carácter inicial y con base en la *culpa específica del empresario*, además de quedar asociada al llamado *principio de riesgo industrial*. Esta visión simplemente resarcitoria se rompe con la Ley de Accidentes de Trabajo de 26 junio 1956, en que se produce *el gran salto conceptual* destacando la vertiente punitiva; estamos en los albores de la Seguridad Social moderna y la tutela estatal en el ámbito de la protección pública ya se hace notar con un sesgo represor adecuado al sistema político entonces imperante. Ya no tenemos solo una indemnización especial, tasada y fácil de identificar; ahora procede el re-cargo culpable que tenga por objetivo impedir por vía sancionadora el déficit de seguridad que en el proceso productivo solo se imputa al empresario, ocultando o eludiendo las responsabilidades que en esta compleja materia corresponde asumir a la Administración Pública, como *magno y sutil aparato* en proceso de constante revisión²⁰.

Esta última idea nos conduce inexcusablemente a la dimensión social que tratamos en el capítulo V y que en el recargo de prestaciones queremos conectar al principio y concepto de la solidaridad, no como valor social, sino como instituto nuclear del Derecho Común que modula las relaciones entre las partes en un amplio contexto de obligaciones y relaciones contractuales próximas y concretas. De ahí que nos ciñamos a esa vertiente jurídica dejando bien sentado que son múltiples las formas de expresión y funcionalidad que puede adoptar, destacando sus manifestaciones en el ámbito jurídico y su relevante presencia en el Derecho de Obligaciones, cuya referencia normativa básica se articula en el artículo 1137 del Código Civil que curiosamente la regula en términos de excepcionalidad en contraste con su carácter

¹⁹ STS (Penal) de 12 noviembre 1998 (RJ 1998/7764).

²⁰ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración Española*, Alianza Editorial, Madrid, 1972 y *Curso de derecho Administrativo. II*, publicado con Tomás-Ramón Fernández en Civitas, 12ª edición, 2011.

marcadamente expansivo. El salto de la obligación solidaria al marco del Derecho Social se produce por medio del contrato de trabajo pero su plasmación más elocuente tiene lugar en el contexto de la legislación tuitiva que proporcionan los primeros antecedentes de la normativa de Seguridad Social; es justamente en la ley sobre accidentes de trabajo de 1900 donde encuentra origen nuestra figura en el ámbito de la relación laboral pero dotado solo de alcance resarcitorio para afrontar el siniestro y la adversidad cuando se omiten las debidas medidas de seguridad. Pero con todo y pese a sus plasmaciones en el extenso campo de las relaciones laborales, el acogimiento de la solidaridad por la jurisprudencia representa un recurso magnífico para la protección del crédito que como función primigenia se extiende para garantizarlo en situaciones de confusión y concurso, jugando un destacado papel en la teoría del levantamiento del velo y en la determinación del concepto de empresario como instrumento de imputación de responsabilidad.

Es esta última dimensión la que interesa al objeto de nuestro estudio: la función protectora de la solidaridad no solo nos permite superar la apariencia estableciendo un esquema de elemental responsabilidad sino que nos lleva más allá del estrecho campo del contrato de trabajo para adentrarnos en el proceloso terreno de la autoría de la infracción o de quienes deben responder directa o exclusivamente, por acción u omisión, subjetiva u objetivamente. Sin duda un campo resbaladizo, donde confluyen una gama interminable de ópticas y de vínculos varios donde son determinantes tanto la intensidad del hecho y el grado de cohesión entre los autores como los criterios de exclusión y limitación que apliquemos a uno u otros. Pero es justamente en el marco de la Seguridad Social donde con más brillo luce la obligación solidaria en una tarea que se muestra inacabada y de la que constituye capital expresión la propuesta que en este trabajo hacemos, favorable a viabilizar el instituto del recargo de prestaciones desde un prisma de eficacia sustantiva y la corresponsabilidad de quienes causan el daño y por eso vienen obligados a repararlo.

-III-

La idea de reparación integral del daño se impone y ha venido a trastocar la vieja configuración de la culpa subjetiva que anida en los postulados clásicos para dar mayor extensión incluso a la que expresan los artículos 1902 y siguientes del Código Civil. Ahora se fortalece el principio de ajustar las soluciones indemnizatorias a la realidad social imperante conforme a las disposiciones del artículo 3.1 de ese texto básico y se procede a limitar el criterio subjetivista pero sin llegar, por contra, a la adopción incondicional del principio de responsabilidad objetiva.

A ese resultado se llega mediante la técnica de invertir o atenuar la carga probatoria con aplicación del principio de presunción *iuris tantum*, que solo se destruye si el autor del daño prueba que obró con la máxima diligencia y con todo el cuidado que las circunstancias requerían²¹. No es por ello suficiente el mero cumplimiento de las prevenciones legales o reglamentarias, lo que en feliz expresión acuñada por la jurisprudencia²² implica agotar la *diligencia necesaria* asumiendo las consecuencias que se derivan de la responsabilidad por riesgo, con el alcance que al concepto de culpa (*ex* artículo 1104 del Código Civil) le dan el rigor y lo inexcusable de *la naturaleza de la obligación* que se omite pero con la observancia de los matices y graduaciones que *las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar* también denotan²³.

Desde estas premisas, abordamos en la tercera parte la reparación del daño que los capítulos VI y VII agrupan. En el primero de ellos estudiamos sus aspectos esenciales trazando dos ideas-fuerza que configuran su identidad: debe incluir la totalidad del daño causado y tal objetivo se cumple posibilitando la compatibilidad de indemnizaciones pero con un efecto adverso cual es de provocar la confusión de vías procedimentales. Además se hace preciso establecer con seguridad los límites cuantitativos del recargo, tarea que intentamos cumplimentar de un lado designando los factores que suman pero también trayendo a un primer plano los supuestos de incompatibilidad que bajo el prisma del principio *non bis in idem* filtramos para finalmente considerar la exclusión de la indemnización civil complementaria y asumir la coexistencia del recargo con la sanción administrativa resultante de la infracción.

²¹ Sentencias de 10 mayo 1982 (RJ 1982/2564), 30 mayo 1985 (RJ 1985/2833), 26 noviembre 1990 (RJ 1990/9047) y 27 septiembre 1993 (RJ 1993/6746), entre otras.

²² Sentencias de 16 mayo 1986 (RJ 1986/2727), 8 octubre 1988 (RJ 1988/7397), 9 junio 1989 (RJ 1989/4415), 5 febrero 1991 (RJ 1991/991) y 29 abril 1994 (RJ 1994/2944), entre otras muchas.

²³ La teoría de la responsabilidad por riesgo queda perfectamente configurada en la jurisprudencia (por todas STS de 7 marzo 1994, RJ 1994/2197) indicando que *quien desarrolla una actividad peligrosa, con medios potencialmente ofensivos para los bienes jurídicos ajenos, generando un riesgo y obteniendo con ello lucro o provecho, debe soportar el perjuicio que origine con su actuar, como contrapartida del beneficio logrado*.

Es precisamente el criterio de gravedad de la falta el que constituye la directriz sobre la que descansa la cuantía del recargo sin que influya en la determinación de ésta el verdadero perjuicio que al trabajador se infrinja. La variación del porcentaje está en función del argumento gradualista pero también de la concurrencia de culpa en la conducta del trabajador que puede ser considerada tanto en vía administrativa como por los tribunales en grado de revisión y conforme a factores de ponderación como la peligrosidad de las actividades, el número de trabajadores afectados, la actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención y las instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de las distintas medidas reglamentarias.

Considerados el qué y el cuánto de la reparación en los dos primeros apartados del capítulo VI, en los tres últimos referimos aspectos relacionados con el procedimiento administrativo del recargo, su recaudación y la protección jurisdiccional que al mismo debe darse. En el plano adjetivo apuntado, destacamos el carácter sancionador que por medio de la Inspección de Trabajo se le otorga y que contrasta abiertamente con el marcadamente declarativo que sigue la entidad gestora de la Seguridad Social que lo reconoce para distinguir los elementos diferenciadores que entre la caducidad y la prescripción se dan como disfunción del procedimiento mismo. En lo que toca a la peculiar financiación del recargo, la constitución de rentas se lleva a cabo en la Tesorería General de la Seguridad Social mediante la liquidación del capital coste y bajo los presupuestos de la resolución administrativa que lo reconoce por lo que no debe entenderse propiamente como un acto de recaudación común sino conectada a una materia de Seguridad Social con el añadido de que por ello la competencia está reservada al orden jurisdiccional social y no al contencioso-administrativo: una paradoja más en la aturdida vida de nuestra figura que se añade a la que -también por vía de perplejidad- constatamos al advertir que el destinatario es el trabajador como simple beneficiario y no como acreedor, toda vez la deuda se contrae con la Seguridad Social; contradicciones que también cabe ensanchar al supuesto de devolución al empresario del capital coste por nulidad del recargo o a los específicos de cambio de criterio que compromete el principio de seguridad jurídica, cálculo de intereses de capitalización y extensión de responsabilidad a otros sujetos que no poseen la consideración de autores materiales de la infracción pero a quienes por derivación les alcanza a causa de solidaridad o conforme a un incontestable criterio de equidad. Finalmente como corolario de este *iter* procedimental llegamos a la estación término que representa la protección jurisdiccional del recargo de prestaciones, donde destaca la desigualdad que a una misma realidad pueden otorgar los distintos órdenes en concurso. Por eso hablamos de que nuestros tribunales son modelo y refugio de una confusión tolerada, toda vez ante la fragmentación de vías y efectos resulta inevitable la complejidad (por no decir el caos o la confusión) de una figura sostenida artificialmente con puntales aparentemente firmes pero anclados en un cimiento inestable, sujeta a un factor de desmotivación y atrapada en los filtros del tiempo y los costes. De ahí que propongamos unificar los elementos dispersos y simplificar su procedimiento para buscar un remedio que no termina de llegar porque nos resistimos

a entender que en definitiva el recargo solo es parte de una prestación con origen en una infracción a la normativa de seguridad en el trabajo.

El capítulo VII, que cierra el cuerpo de este trabajo, sintetiza su propósito inicial, esto es, la determinación del obligador a reparar y en definitiva a satisfacer el recargo, entendido como añadido a una prestación de Seguridad Social de la que forma parte inseparable. Ya desde su planteamiento inicial destacamos los ejes de la cuestión que centramos en dos aspectos altamente sugestivos de construcción doctrinal civil y administrativa, respectivamente: la responsabilidad por hecho ajeno y el concepto de empresario infractor conectan directamente con elaboraciones muy densas que nos llegan muy enriquecidas desde la teoría general de las obligaciones y del régimen disciplinario y sancionador públicos, destacando en éste las contribuciones singulares que desde nuestra asignatura se han venido haciendo desde la teoría del empresario aparente, las nuevas formas y diversidad de sujetos en el intrincado ámbito de las relaciones laborales y de producción, la consideración de la empresa como institución social o la imputación objetiva en la responsabilidad del daño a entidades sin personalidad jurídica, como la comunidad de bienes, en situaciones donde la apariencia y la realidad se mezclan en una nebulosa de incertidumbre y prejuicios que impiden no solo la identificación del obligado a reparar sino -¡y esto es lo importante!- el hecho mismo de la reparación del daño.

Por lo expuesto y para abordar el tramo final de nuestro discurso no es gratuito invocar el decisivo instrumento de la dependencia, entendida en los términos germinales del Código Civil y cuando dicho concepto se muestra presente desde los primeros síntomas de protección social. Es precisamente su tendencia expansiva hacia la protección lo que del vocablo nos interesa para proyectarla a las situaciones deficitarias por causa de desamparo y exclusión social. Eso sí, del concepto nos interesa precisar su vinculación a la sociedad del bienestar en términos de nueva prestación pública, pero sobre todo un aspecto de referencia esencial, cual es su vinculación a la tercera persona; no es éste por tanto un dispositivo cosmético que surge de la contemplación inocente del mecanismo de la protección, sino todo un salto cualitativo que nos permite cruzar el alambre en altura confiados en que, a modo de seguro sostén, se encuentra el compromiso de la sociedad y la intervención de la Administración Pública, en un trazado que recorre desde la obligación civil y llega a la protección social como verdadero derecho subjetivo.

En la búsqueda del obligado a reparar las resultas del accidente y pagar las consecuencias de la infracción que lo motiva, hemos superado una estrecha fase de imputación exclusiva al empresario basada en la culpa, para desplazarla en términos cuasi-objetivos a otros agentes por vía de sucesión, coordinación o solidaridad. Dicho desplazamiento de responsabilidad es consustancial a la técnica del seguro, conforme a un criterio de naturaleza contractual o basado en la protección que desde los orígenes del Derecho han cursado en el ámbito de las relaciones familiares o jerarquía por razones naturales o situaciones de dependencia. En esta tendencia de progreso nos

hemos atrevido a dar un salto en favor de lo que hemos llamado *el compromiso público* como superación de la responsabilidad objetiva que estudiamos en el apartado 3 del último capítulo.

Partiendo de los elementos nucleares de la responsabilidad que centramos en la conducta ilícita, la existencia de culpa y la producción de daño, transitamos por su evolución hacia la naturaleza objetiva como un nuevo reto evolutivo en las relaciones laborales y sociales de hoy hasta llegar a la idea central del frecuente *anonimato* en la producción del daño donde asistimos a la paradoja de enfrentarnos a causas indeterminadas y confusas pero con autores muy a la vista, unos por acción directa y otros sencillamente por estar en el entorno. Es éste un punto crucial donde demandar a la Administración su papel de garantía con superación de los principios de personalidad y voluntariedad para deducir los efectos por la mera inobservancia y proceder a una imputación sucesiva en la cadena de responsabilidad hasta que la obligación general de asistencia y protección social sea algo más que una simple declaración de principios. Y a esta conclusión se llega conjugando dos ideas que en nuestro análisis, lejos de ser excluyentes, se complementan: junto a la diversidad de autores cabe sostener la propia responsabilidad de la Administración que como persona jurídica puede ser sujeto de infracción ya en calidad de autora directa o simplemente como garante, ya porque actúe por sí misma o porque falte a su deber de previsión. Y es en este punto donde nuestra reflexión desemboca, justo en la encrucijada en que confluyen el deber de protección y la infracción social, porque el incumplimiento en la responsabilidad de vigilar no puede permanecer impune y conforme a derecho debe determinar consecuencias, primero de reproche y después de carácter resarcitorio. Y entendemos que este doble efecto se logra mediante una referencia sólida: la responsabilidad patrimonial del Estado, que entendemos como un mecanismo seguro e integrador de reparación con un amplio ámbito de actuación en el que integrar el recargo de prestaciones y dotarlo de una dinámica ágil que permita afrontar con solvencia cualquier tipo de lesión que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes y derechos.

Por eso nuestra propuesta final se condensa en el propósito de rehacer el recargo como institución aprovechable para combatir el siniestro laboral propugnando su mantenimiento aunque desprovisto de complejidades y contradicciones. Y ello conforme a un esquema sencillo que se inicie con la determinación de la sanción y criterios de responsabilidad por parte de la Inspección, siga con la resolución de la Administración de la Seguridad Social que fije de una sola vez y distinga de forma unitaria todos los elementos del resarcimiento con designación de responsables, para finalmente -y en su caso- dar entrada a la jurisdicción social de forma exclusiva y excluyente frente al resto de órdenes.

Por lo expresado hasta ahora, rehacer el recargo a nuestro juicio implica, además de simplificar su tratamiento sustantivo y procedimental, comprometer a la Administración Pública como garante de una situación objetiva de riesgo porque

estamos convencidos que su refuerzo punitivo trae causa de la ineficiencia pública en materia de prevención. Ello necesariamente ha derivado a la extensión del concepto hacia situaciones que hacen imposible toda escapatoria de responsabilidad del empresario: el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social no contiene resquicio alguno por el que darse a la fuga, porque a la generalidad y amplitud de causas une el criterio de graduación *en función de la gravedad de la infracción*. Y para hacerlo más penoso todavía incorpora una prohibición que castiga al infractor negando la posibilidad de asegurar el recargo, considerando éste como una responsabilidad *independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción*.

Es justamente este laberinto el vivo escenario de una representación que dura hasta nuestros días y donde el único protagonista ha sido y es la más perfecta de las confusiones de todo tipo: desde el debate de su compleja naturaleza hasta el conflictivo concurso de indemnizaciones, pasando por los distintos órdenes jurisdiccionales en juego (ya enfrentados ya silentes, pero siempre tardíos) que evidencian una caótica figura, necesaria pero dislocada y fuera de todo punto²⁴. En efecto, estamos en una sociedad de riesgo que no cursa fácil. En su complejidad anida una variada tipología de supuestos en que concurren distintos elementos normativos que se entrecruzan y obligan a un esfuerzo de integración, aportando una riqueza viva y sugerente de situaciones que a menudo genera confusión e inseguridad jurídicas con el doble y controvertido efecto de conocer que hay salida, sí, pero sin saber a dónde conduce.

Por ese cruce de caminos estaremos transitando a lo largo de las páginas que siguen.

²⁴ En este sentido son de especial provecho las enseñanzas de MERCADER UGUINA, J. R., en su obra *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La ley, 2001, páginas 137 y ss., al tratar del origen histórico y el fundamento doctrinal del recargo de prestaciones que vemos más adelante.

PRIMERA PARTE

EL RECARGO DE PRESTACIONES: CONCEPTO Y NATURALEZA

Capítulo I

EL CONCEPTO DE RECARGO DE PRESTACIONES

1. Aspectos nucleares de la definición legal.
2. Antecedentes: la retrospectiva histórica.
 - 2.1. Los orígenes: la normativa de accidentes de trabajo en 1900.
 - 2.2. Su integración en el naciente sistema de Seguridad Social de 1966.
 - 2.3. La evolución hasta el texto refundido de 1994.
3. Rasgos básicos del concepto:
 - 3.1. Figura controvertida.
 - 3.1. Aplicación desigual.
 - 3.2. Vinculación necesaria entre infracción y resultado dañoso.
 - 3.3. Porcentaje variable según la gravedad de la falta.
 - 3.4. Aseguramiento prohibido.
 - 3.5. Responsabilidad independiente y compatible.
4. Referencias Comparadas.

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE RECARGO DE PRESTACIONES

1.- ASPECTOS NUCLEARES DE LA DEFINICIÓN LEGAL.

El recargo de prestaciones en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional encuentra fundamento en el deber de seguridad del empresario respecto de los trabajadores que prestan servicio bajo el ámbito de su poder directivo. Así se ha mantenido desde sus primeros pasos, ya cumplido el primer centenario de vida, y desde que por primera vez fuera instaurado en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900²⁵. Su azarosa existencia desemboca en el artículo 123 del texto refundido de Seguridad Social²⁶ que seguidamente analizamos en sus líneas maestras:

- 1) Hasta llegar a su redacción actual, la dada en el texto refundido que aprueba el Real Decreto legislativo 1/1994, ha debido pasarse por una larga travesía normativa que concluye en un solo artículo con estructura de tres apartados: situado en la sección 2ª del capítulo III de la ley que dedica a la acción protectora en general, y al tratar del régimen aplicable a las prestaciones en particular, el artículo objeto de análisis lo recoge con la extensa nominación de *recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*.
- 2) Pocos artículos en esta ley (¡y posiblemente en otras muchas!) contienen en su enunciado una longitud tan generosa. Son catorce palabras que bien podrían haberse concentrado en un simple anticipo de lo que a continuación se va a expresar sobre su contenido. Pero el legislador ha querido dejar bien a las claras que el concepto de recargo solo se aplicará a un segmento de las secuelas que puedan derivarse del riesgo profesional y en las condiciones que se detallan.
- 3) Ya solo la voz *recargo* evoca, con el Diccionario de la lengua española en la mano, una referencia precisa al concepto de *nueva carga o aumento de carga*, afinando su tercera acepción el alcance que, en el específico marco jurídico, a nosotros interesa y que se corresponde con *cantidad o tanto por*

²⁵ La importancia de la llamada *Ley Dato* reside en que comporta la *aceptación de la teoría del riesgo profesional, la transformación de la realidad social y, en fin, su influencia en la construcción del los conceptos básicos del derecho del Trabajo*, según destaca DE LA VILLA GIL, L. E., en *La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español*, en AA.VV. *Cien años de Seguridad Social en VV.AA.* (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.). La Fraternidad-Muprespa. UNED 2000.

²⁶ El 2 de enero de 2016 entra en vigor el nuevo texto de la Ley General de la Seguridad Social que aprueba el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo artículo 164 se mantiene nuestra figura prácticamente intacta en su redacción y estructura.

ciento en que se incrementa la deuda, por lo general a causa del retraso en un pago.

- 4) Nótese que es un concepto auxiliar que se construye sobre una premisa de deuda ya existente. Y repárese también en que puede hacer referencia tanto a una magnitud entera o porcentual, alternativa y no compatible. Pero sin duda el elemento base sobre el que descansa el recargo viene determinado por prestaciones económicas de Seguridad Social. Solo éstas pueden aumentarse si concurren las condiciones que las hacen nacer en este específico contexto: que tengan por causa el accidente de trabajo o la enfermedad profesional y que la lesión se produzca en las circunstancias que señala el precepto y que a continuación vemos.
- 5) Ya hemos señalado que de las dos opciones que permite el concepto original de recargo el precepto legal opta por la vía del incremento: *todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán*. El alcance impersonal del verbo relega como objeto de actuación al recurso protector en que las prestaciones económicas se constituyen. No es que éstas aumenten *espontáneamente* como si de un crecimiento se tratara en el proceso biológico de las cosas e impulsadas por un mecanismo natural y directo. No; el planteamiento legal requiere de un proceso externo, realizado a posteriori por alguien que interviene tras analizar si hay concurrencia de factores que lo hagan posible. El efecto, evidentemente, podría haber sido distinto si el legislador directamente hubiese optado por anudar en tiempo real el aumento a la prestación. Pero como decimos se ha querido introducir un elemento de tiempo, de espera, quizá de incertidumbre, a sabiendas de que estamos en presencia de una materia poliédrica que no opera desde la transparencia de los postulados sino desde la complejidad de factores, agentes y situaciones que después trataremos ampliamente pero que previamente (desde el simple enunciado del concepto legal) se intuyen y se hacen explícitos.
- 6) El carácter absoluto que encierra el término *todas*, en referencia a las prestaciones económicas que por efecto del recargo después se aumentarán, es congruente con la naturaleza expansiva y reparadora del instituto jurídico que estudiamos. Máxime si en su origen histórico y posterior desarrollo queda inexorablemente conectado a situaciones de infortunio y carencias en el ámbito de los sectores más vulnerables. De ahí que no se haya podido desprender de su carácter punitivo en pos de una reparación integral del daño que paradójicamente ha terminado por hacer de esta figura un confuso *totum revolutum* de responsabilidades y jurisdicciones.
- 7) Ya hemos apuntado que en la tercera acepción del Diccionario se define el vocablo *recargo* mediante la evocación ya de una cantidad ya de un tanto

por ciento que en un caso u otro debe incrementarse en la deuda, esto es, en la prestación económica que a favor del trabajador lesionado se reconozca. Es esta segunda opción la que recoge el artículo 123 del anterior texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Pero adviértase que el porcentaje es variable, *de un 30 a un 50 por 100*, y queda vinculado a otro elemento elástico que viene a complicar extraordinariamente el campo de actuación y decisión: *la gravedad de la falta*.

- 8) Y así llegamos al nudo gordiano del concepto. Porque si hasta el momento todo se resumía en el juego cierto y seguro de la prestación económica que se incrementa por riesgo profesional, con los matices ya apuntados, ahora nos damos de bruces con la necesidad de adentrarnos en un específico régimen sancionador al que inexorablemente nos conduce la expresión *según la gravedad de la falta* que la literalidad del precepto recoge. Y no se trata solo de localizar y designar la infracción conforme a los principios de técnica jurídica imperantes y con sujeción al ineludible criterio de tipicidad, sino que fundamentalmente la tarea más gravosa se centra en la búsqueda y posterior imputación del agente productor del daño. O para mayor complejidad de la ecuación, de los que hayan de ser autores, cómplices y hasta encubridores del mismo. Porque en escenarios de grandes medidas y poco iluminados caben a un tiempo tanto el desarrollo y movimiento simultáneo de toda suerte de personajes como situaciones a representar. Y unos y otras se muestran con distinto grado de visibilidad y exposición al espectador y a la crítica.
- 9) Esta última es la perspectiva propia de quien observa la redacción dada al artículo que venimos comentando. El intrincado mundo del accidente de trabajo con su riqueza de matices, de comportamientos humanos, sus carencias y excesos, componen un territorio difícil de explorar donde las soluciones a los innumerables problemas que se plantean a menudo se marchitan. Y a ello no colabora precisamente el oscuro y complejo texto con que nos obsequia el legislador, cuyo apartado primero es copia literal del aquel artículo 93 del texto refundido de Seguridad Social del año 1974. Han transcurrido más de 40 años y, pese a la experiencia gastada y las estadísticas repetidas, los problemas reverdecen el fracaso del modelo y todo sigue en sus mismos términos. Por pura inercia histórica.
- 10) Pero si el elemento infractor es constitutivo esencial del recargo y la noción de *falta* destaca como premisa del mismo, no es despreciable ni el aspecto instrumental (que en el precepto legal se condensa en la alusión a *máquinas y artefactos*) ni el propiamente espacial (*en instalaciones, centros o lugares de trabajo*). Y un denominador común debe concurrir en ambos: que *carezcan* de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones. Pero esta descripción puramente física

de las circunstancias materiales en que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional acontecen, se ve completado por un tercer aspecto de naturaleza marcadamente intencional, cual es la inobservancia de una serie de medidas que cabe sistematizar en tres clases diferentes: 1) las generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo; 2) las elementales de salubridad y 3) las referidas a la *adecuación personal a cada trabajo* en razón tanto a sus características como a la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. De nuevo vuelven a vincularse (la expresión *meterse en un mismo saco* sería menos académica pero quizá más ajustada) dos aspectos difícilmente conciliables: de un lado, la reglamentación objetiva que suponen las normas que protegen la actividad y el medio laborales; y de otro, las medidas que como expresión del poder directivo del empresario se ciñen a determinar el puesto de trabajo *adecuado* en que la prestación deba desempeñarse sin riesgo para su persona²⁷. En definitiva, toda una exaltación del clásico principio de correspondencia función-categoría y un desafío a la capacidad del empresario para ordenar y bien administrar los recursos humanos en el centro de trabajo.

- 11) El apartado primero del artículo 123 LGSS se cierra con una sugestiva disociación entre lo material de las reglamentaciones y lo ideal del propósito de *aliviar* los rigores del puesto de trabajo. Pero a nadie escapa que esa dialéctica encierra al mismo tiempo un sinfín de desajustes que se corresponde con el texto imbricado que venimos comentando, de extensa factura y lleno de frases interminables y subordinadas, sin descanso para tomar aliento y salir airoso de su farragosa, compleja y hasta contradictoria lectura. Hasta ahora hemos referido los detalles que afectan a su definición propiamente dicha en la tarea de aproximarnos tanto a su concepto (conforme su propio sentido etimológico impone, esto es, mediante la toma en común de una *idea que concibe o forma el entendimiento*) como a su naturaleza, entendida ésta también en términos literales como *realidad esencial dotada de caracteres propios*. Pero una vez examinados estos aspectos nucleares que favorecen su comprensión, abriremos la puerta a los dos apartados que cierran el precepto. Referidos ambos a la responsabilidad de su pago, parten de la ajada locución *empresario infractor* y pasan por la imposibilidad de su aseguramiento en el número 2, destacando marcadamente su rasgo sancionador para acabar declarando su compatibilidad con toda suerte de responsabilidades que pudieran derivarse: todo un pronunciamiento de restitución integral pero también un exceso normativo de conflictividad y consecuencias incalculables.

²⁷ Sobre este punto volveremos en el capítulo III al tratar sobre los ámbitos de la infracción.

2.- ANTECEDENTES: LA RETROSPECTIVA HISTÓRICA.

Al vigente texto no se llega por azar ni por voluntad deliberada. Su configuración actual es el resultado de una larga trayectoria que encuentra origen en las primeras leyes sociales de finales del siglo XIX, que alumbró el Código Civil de 1989, y en el tratamiento que este texto otorga a la responsabilidad del patrono respecto del obrero²⁸. Esta fórmula de responsabilidad extracontractual nos sitúa en un contexto favorable para detectar el ámbito de relaciones entre dueños y dependientes, que sin duda conecta con el contrato de arrendamiento de obras y servicios regulado antes en el artículo 1583 y siguientes del referido Código. Aquí el contexto histórico no puede ser más expresivo: a los trabajadores asalariados se les regula junto a los criados pero, como a un texto liberal corresponde y recién abolida la esclavitud²⁹, ya se atisba un mecanismo de indemnizaciones para los casos de despido y se hace invocación de la justa causa en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es, pues, en este entorno donde se sitúa el complejo mecanismo que nos conduce a la figura del recargo. Porque si, de un lado, el contrato de trabajo conecta directamente con el juego de la responsabilidad nacida del artículo 1101 del Código Civil y a su virtud quedan sujetos a indemnización *quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas*, de otro lado, por medio de la responsabilidad *aquiliana* del 1903 CC, se da un traslado de imputación, mediante la sustitución personal del infractor y la asunción por un tercero del perjuicio ocasionado, albergando una finalidad reparadora *in integrum*, que solo cesa cuando se pruebe el empleo de *toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*. En este último concepto, el de la prevención, se encuentra la clave en que descansará el devenir de las relaciones laborales en materia de seguridad como después exponemos. Porque en un marco de relación entre partes no solo debe considerarse la herramienta en que se constituye el contrato mismo y la producción del riesgo profesional que lleva aparejada, sino sobre todo el concurso de responsabilidad que, ya anticipamos, no requiere la presencia de culpa o negligencia del empresario entendida como *la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*, según redacción literal del artículo 1104 del Código Civil dispone. Para la determinación de responsabilidad no hace falta dolo ni culpa; basta

²⁸ Así, en su artículo 1903 se determina que -en el marco de las obligaciones que se contraen sin convenio (título XVI del libro IV) y en el más específico de las que *nacen de culpa o negligencia*, del capítulo II- los dueños y directores de un establecimiento o empresa responden de los perjuicios causados por sus dependientes.

²⁹ La abolición efectiva de la esclavitud en España se produce por ley de 13 de febrero de 1890, en cuyo artículo primero se declara su cese en la isla de Cuba.

con ser infractor de modo objetivo³⁰ y general porque la vulneración de la obligación puede hacerse *de cualquier modo*, conforme a la fórmula abierta que el propio texto civil emplea en su modélico artículo 1101.

De cuanto antecede cabe deducir que en tan tupida y amplia red queda muy poca escapatoria, por cuanto la fuerza expansiva de un elemental principio de justicia (el afán de reparar el daño causado) desborda el marco de la relación individual del trabajo y alcanza los territorios aledaños de la prevención³¹. Y en esta tarea no solo está el empresario frente al trabajador: es la sociedad entera la que se encuentra comprometida. Aunque para madurar esta conclusión se hizo necesaria una travesía histórica plagada de avances y retrocesos, donde la figura del recargo es exponente de un tratamiento desigual que encierra este doble propósito: el reparador, mediante el incremento de prestaciones; y el preventivo, que responsabiliza a quienes incumplen el deber de seguridad³².

2.1. Los orígenes: la normativa del accidente de trabajo en 1900.

Es inevitable partir de la ley de accidentes de trabajo del año 1900. Su artículo 5³³ expresa que si el accidente produjese la muerte del obrero, el patrono queda obligado á sufragar los gastos del sepelio y además a indemnizar a la viuda, descendientes legítimos menores de dieciséis años y ascendientes, en la forma y cuantía que se establece. Y termina incorporando una luminosa disposición quinta que dice:

³⁰ Es importante destacar que la normativa sobre el accidente de trabajo viene a romper con *una larguísima tradición, una tradición milenaria, conforme a la cual una persona solo responde de los daños y perjuicios que sus actos u omisiones hayan causado a otra cuando en ellos haya mediado su culpa o negligencia*. ALONSO OLEA, M., *El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, en Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, I Centenario de la Seguridad Social, n. VIII, julio 2000, pág. 3.

³¹ El recargo puede contribuir a lo que se ha venido denominando como *exasperación preventiva* del sistema de Seguridad Social. Así lo entiende la doctrina al cuestionarse si está acreditada la eficacia disuasoria del recargo y si su desaparición comportaría el aumento de la siniestralidad laboral. DESDENTADO BONETE, A., *El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate*. Revista de Derecho Social número 21/2003, p. 26-27.

³² Para cierto sector de la doctrina la inicial naturaleza reparadora (*ex ley 1900*) se pone en cuestión con la Ley de Seguridad Social de 1966 que viene a establecer un triple sistema de reparación: prestaciones sociales (responsabilidad objetiva), recargo (responsabilidad por culpa) e indemnización adicional por responsabilidad civil (que cubre la diferencia entre aquella y la total). Así lo entiende CORREA CARRASCO, M., *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*. Editorial Bomarzo. Albacete 2008.

³³ El artículo 64 de su Reglamento de aplicación que aprueba el Decreto de 28 de julio de ese mismo año lo reproduce literalmente.

5a. Las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento ú obras cuyas máquinas ó artefactos carezcan de los aparatos de precaución á que se refieren los artículos 6o, 7o, 8o y 9o.

Se parte de las indemnizaciones reconocidas a favor de la viuda y otros familiares por causa de accidente para establecer un aumento lineal y único del cincuenta por ciento. Las peculiaridades del precepto las examinamos a continuación:

- El concepto de accidente de trabajo no ha cambiado desde entonces.

En el artículo 1 de la ley se define como toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena³⁴. Encabeza el precepto la locución *para los efectos de la presente ley*, expresiva de la singularidad con que aborda la materia en contraste con la omisión que vemos en el del artículo 115 del texto de 1994, determinante de su alcance general. También se aporta un concepto embrionario de trabajador al que llama *operario* y define como *todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena*.

- La responsabilidad es del patrono

Abiertamente y sin disimulo se hace responsable de su abono al empresario³⁵ entendiendo por patrono, *el particular ó Compañía, propietario de la obra, explotación ó industria donde el trabajo se preste*, sobre el que recae la obligación de sufragar los gastos de sepelio y el abono de las indemnizaciones que seguidamente cuantifica, según parentesco y situación de los causantes. Naturalmente en este momento la responsabilidad es puramente contractual y se atiene al concepto civil de culpa que antes hemos examinado, construido sobre la base de una previa relación entre partes.

- Se aplica a las indemnizaciones derivadas por incapacidad y muerte, pero solo éstas son sustituibles por pensiones vitalicias.

³⁴ Y así vino a confirmarlo el Tribunal Supremo en su célebre sentencia de 17 de junio de 1903 en la que estableció que el artículo 1 de la ley sujeta a estudio y alcance definía el accidente no “*con referencia a un suceso repentino más o menos importante, sino al hecho mismo constitutivo de la lesión*”, lo que implicaba que la enfermedad contraída “de una manera directa e inmediata como consecuencia del ejercicio de una profesión había de considerarse un accidente de trabajo. (PIC, P. en *Estudio crítico de la ley de accidente de trabajo francesa de 9 de abril de 1898*. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2002).

³⁵ Algunos autores destacan en el origen del recargo un equilibrio entre protección objetiva por riesgo profesional y protección subjetiva por culpa empresarial. Así, MONREAL BRINGSVAERD, E., *Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas*. Actualidad Laboral, número 3. Editorial La Ley 718/2011.

En este punto -venimos diciendo- debe partirse de un hecho incontestable: el artículo 5 de la Ley de 1900 establece las indemnizaciones a pagar por el empresario infractor en caso de accidente que produjese la muerte del obrero. Antes, en las cuatro disposiciones precedentes, se han determinado sus cuantías y se cierra con la quinta ya referida en que se instituye el aumento en caso de omitirse las *medidas de precaución reglamentarias* recogidas en un *Catálogo de los mecanismos que tienen por objeto impedir los accidentes del trabajo*. Pero resulta llamativo y descontextualizado que, centrado el artículo 5 en las indemnizaciones por causa de muerte, se disponga ese incremento para *todas las indemnizaciones determinadas por esta ley*. Es manifiesto su situación asistemática pero no cabe dudar del alcance general que comporta al hacerse aplicable tanto a las cuantías con resultado de muerte como al resto de los efectos económicos del accidente de trabajo.

La consecuencia directa de la penalidad que se instaure, indemnización más incremento, es la posibilidad de sustitución por las pensiones vitalicias que recoge el artículo 10 de esta forma:

El propietario de los establecimientos industriales comprendidos en el artículo 3º podrá, en vez de las indemnizaciones establecidas en el artículo 5º, otorgar pensiones vitalicias, siempre que las garantice a satisfacción de la víctima ó sus derechos habientes.

De donde inequívocamente se deduce que en el origen de la regulación legal del recargo no se contemplaba su extensión al régimen de pensiones vitalicias. Solo se autoriza el aumento de las indemnizaciones por fallecimiento, no de las pensiones. Incluso cabe el aseguramiento de todos o algunos de los riesgos en sustitución de su abono, opción legal que excluye toda posibilidad de incrementarlas al establecerse mediante porcentajes en base al salario anual de la víctima.

- Se penaliza la carencia de los aparatos de precaución en máquinas y artefactos.
- Los mecanismos deben ser preventivos y de protección.
- Es exigible la tipicidad: deben estar reglamentados.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de noviembre de 1927 disculpa al empresario que omitió aparato de precaución en una máquina o artefacto por no estar *reglamentariamente determinado*, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922, que viene a introducir una serie de modificaciones transcurridos más de cuatro lustros de vigencia³⁶. En la absolución de responsabilidad se hace la importante precisión de

³⁶ Los cambios no son acusados por lo que no cabe hablar de una ruptura brusca de su configuración jurídica sino de una *progresiva separación del instituto jurídico que le había servido de base para su implantación*. Como novedades puede apreciarse la responsabilidad subsidiaria de un fondo de

que una cosa es la obligación reglamentaria de incorporar el dispositivo de seguridad y otra muy distinta el hecho de que fuera *susceptible de llevarlo*, por lo que el Alto Tribunal deduce como consecuencia que *al no existir infracción reglamentaria es improcedente la sanción del 50 por 100 impuesta al patrono*³⁷.

Este pronunciamiento judicial es paradigmático porque representa un chequeo importante a la figura en esa época precisa y nos sitúa en disposición de analizar su evolución ya consolidada en el tiempo:

1. El concepto de accidente de trabajo se mantiene en el artículo primero, si bien añade en referencia al patrono que también ostentará esta condición el contratista, *subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria de la obra o industria*, del mismo modo que respecto del trabajador extiende su atención a los aprendices de quienes dice que sin prestar el trabajo por sí mismos, preparan o vigilan el de otros, siempre que su salario no pase de 15 pesetas. Es oportuno subrayar que en este punto introduce una consideración embrionaria sobre el contrato de grupo³⁸, o por parejas, que permite contratar con el patrono las condiciones de trabajo y el salario de los todos sus integrantes y auxiliares, a los que también alcanza la consideración de obreros aunque el contratante (más tarde denominado *jefe de grupo*) lo hiciera solo a su nombre por una cantidad alzada o a destajo, siempre que no obtenga por ello un lucro especial.
2. La responsabilidad del patrono se mantiene literal en el artículo segundo sin ninguna clase de matización, esto es, el riesgo profesional se reduce a los accidentes que sufren los operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, salvo fuerza mayor extraña al trabajo. Pero añade un

garantía en caso de insolvencia del empresario infractor, impedir el aseguramiento de la indemnización especial (lo que implica desprenderse del carácter privado que originalmente tenía), la aplicación de esta normativa al trabajo de mujeres y menores, y aumentar el campo de aplicación a la falta de aparatos de precaución. MARTÍNEZ LUCAS, J. A., *Los orígenes del recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, en VV.AA. *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*. Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 143 y 144.

³⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. *El recargo de prestaciones*. Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra) 2001, página 165.

³⁸ Entendemos que una de las manifestaciones de la solidaridad es el contrato de grupo al que el Estatuto de los Trabajadores le dedica el artículo 10.2. Llama poderosamente la atención que la doctrina sea escueta en el tratamiento de esta figura que entendemos de importante alcance práctico y que justamente, por las incertidumbres que presenta en su regulación legal, entendemos viene justificando su poco uso en el marco de las relaciones laborales. Es claro que potenciar esta figura, darle seguridad y sentar sus fundamentos, otorgará confianza para un uso favorable que aventuramos provechoso en el marco de una política de contratación. Y ello al margen de figuras harto sospechosas como son los procesos fraudulentos de contratos de grupos de trabajadores, muy próximos al tráfico ilícito de mano de obra, y que tradicionalmente han merecido el rechazo de los ordenamientos jurídicos (Convenios OIT 34 y 96), mediante la imputación de responsabilidad solidaria entre las empresas actuantes y la declaración de nulidad de los contratos suscritos con el efecto de su fijeza y duración indefinida.

segundo párrafo que refuerza y amplía la misma a los supuestos de imprudencia profesional que extiende a la que se produce y resulta consecuencia del ejercicio habitual de un concreto trabajo.

3. Sobre las industrias o trabajos que dan lugar a responsabilidad del patrono, que se describen en el artículo tercero, se pasa de una fórmula abierta en la ley de 1900 a otra igualmente descriptiva pero sin esa invocación a la similitud respecto de las industrias o trabajos no comprendidos en los números precedentes, lo que puede entenderse como una limitación encubierta al incorporar una lista cerrada de espacios físicos o actividades sin posibilidad de extensiones o analogías. Eso sí, en el ámbito subjetivo da cabida a los empleados que tengan un sueldo menor de *pesetas 5.000 anuales*.
4. Se siguen manteniendo los grados de incapacidad, ya temporal o permanente, sujetas a distinta indemnización e independientes entre sí³⁹.
5. Y en relación a los accidentes con resultado de muerte se evidencia una remisión a la normativa reglamentaria, se amplía la protección a los huérfanos menores de 18 años (antes era de 16) y a los incapacitados (denominados con fuerte aroma denigratorio *inútiles para el trabajo*). Tras cuantificar la indemnizaciones en cada uno de los supuestos, siempre conforme al salario del obrero fallecido, se llega al precepto clave en que se regula el recargo –la disposición quinta- esta vez en el artículo 6º. El texto es idéntico salvo dos mínimos matices sin transcendencia y por razón de estilo: donde antes era plural ahora es *obra*, y la remisión a los artículos en que figuraban los aparatos de precaución -con que deberían contar tanto máquinas como artefactos- se han unificado en un solo precepto, el 17. Pero contiene un nuevo párrafo que sí es determinante en su configuración.
6. Tras dejar bien sentado que todas las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía (ninguna referencia de momento se hace a los conceptos de pensiones o prestaciones), y dejando también muy claro que no solo a las derivadas de fallecimiento (literalmente se expresa que el aumento se extiende a las indemnizaciones determinadas no *por* este artículo sino *por esta ley*), añade en párrafo separado que *el riesgo de la indemnización especial a que se refiere esta disposición 5ª no puede ser materia de seguro*, bajo sanción a la compañía aseguradora de retirada de la autorización oficial que se le hubiere concedido a los efectos de la ley. Y esto se expresa porque desde la ley de 1900 se permitía al propietario de los establecimientos industriales no solo otorgar pensiones vitalicias en lugar de indemnizaciones -siempre que las garanticen a satisfacción de la víctima en los

³⁹ En concreto la expresión legal que el artículo cuarto utiliza es la siguiente: *Los obreros tendrán derecho á indemnización por los accidentes indicados en el art. 2º, que produzcan una incapacidad de trabajo absoluta o parcial, temporal ó perpetua.*

casos de incapacidad o de sus causahabientes en los supuestos de accidente con resultado de muerte (artículo 10)-, sino también la sustitución de las mismas por un seguro hecho a su costa *en cabeza del obrero de que se trate* (artículo 12). Ello se tradujo en el aseguramiento tanto de la pensión básica como del incremento por falta de medidas de seguridad, aspecto éste que la nueva ley corrige mediante la prohibición que incorpora⁴⁰.

7. El nuevo texto encierra dos aspectos clave en el perfil de la figura que analizamos; por un lado la denominación de *indemnización especial* con que se le obsequia como si de un nuevo ente se tratare en convivencia con el resto de indemnizaciones, en vez de considerarse como la prolongación de una misma magnitud al margen de la causa que lo hace nacer. Y de otro, al negarse su posibilidad de aseguramiento, se está identificando como una verdadera *sanción* por la que debe pagar su responsable, esto es, el empresario culpable e infractor. En resumen, asistimos al nacimiento de una figura nueva, sin nombre definido pero a la que provisionalmente se denomina *indemnización especial* que además de su función reparadora para el obrero castiga al mismo tiempo al empresario culpable y que por ello se prohíbe asegurar. Indudablemente empiezan a acumularse sus propiedades; de momento ya se distinguen tres a un mismo tiempo: la de constituirse simultáneamente en reparación, sanción y prohibición. Y solo se trata de un ser recién alumbrado...con mucho futuro por delante y que irá ganando en complejidad e importancia a medida que su desarrollo legislativo madure y conecte con otras instituciones hasta dotarla de un aspecto no sabemos si mejorado pero con seguridad irreconocible.

Ni el Código de Trabajo de 1926, que aprueba el Real Decreto-ley de 23 de agosto⁴¹, ni la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931⁴² introducen grandes cambios en la figura. La primera insiste en la consideración de culpa o negligencia civil mientras que la segunda refuerza el proteccionismo al trabajador pero sin llegar a contener una regulación específica en cuanto a la seguridad e higiene como bien jurídico a proteger en el marco de los nuevos principios constitucionales⁴³.

⁴⁰ Tan sustancial punto lo estudiamos más adelante en este mismo capítulo al identificar los rasgos básicos del concepto y posteriormente en el capítulo VI con mayor detenimiento.

⁴¹ Artículos 165 y 246.9.

⁴² El artículo 46 del texto constitucional, tras declarar en su primer párrafo el trabajo como una obligación social y objeto de protección de las leyes, formula un principio general de aseguramiento de la condiciones necesarias de una vida digna, para describir a continuación las materias que han de ser materia de la legislación social, entre las que figura enunciada la relativa al accidente.

⁴³ Así lo tiene expresado MARTÍNEZ LUCAS, J. A., *Los orígenes del recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, en VV.AA. *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 144 y 145.

El texto refundido de 1956, aprobado por Real Decreto de 22 de junio⁴⁴, mantiene en su artículo 27 la misma redacción que la ley de 1922, modificando solo la remisión al artículo que recoge los *aparatos de precaución*, esta vez el 10. Según expresa, el Ministerio de Trabajo dictará los reglamentos y disposiciones oportunos *para hacer efectiva la aplicación de los mecanismos y demás medios preventivos de los accidentes de trabajo y las medidas de seguridad e higiene que considere necesarias*⁴⁵. Fórmula irreal del todo punto ésta porque además de aplazar la tarea normativa a las disposiciones que en el futuro hayan de dictarse, deja en el limbo regulatorio la cuestión asumiendo la ineficacia general de los medios preventivos. Muy en la línea del tono imperativo y suficiente de la redacción que sin duda cohonestaba con la atmósfera autoritaria de la época.

En el Reglamento para la aplicación del texto, tras recordar a los patronos la obligación de aplicar todas las medidas posibles de seguridad e higiene en el trabajo en beneficio de sus trabajadores, les impone el deber de cumplir *todas las disposiciones generales y especiales sobre prevención de accidentes e higiene del trabajo* (artículo 14), extendiendo su responsabilidad al terreno de las *faltas de previsión* entre las que deben incluirse el empleo de máquinas en mal estado, la insuficiencia de personal o de material y la utilización de personal inepto en obras peligrosas sin la debida dirección (artículo 17). Y sobre el recargo introduce en el artículo 55 el concepto de enfermedades profesionales (junto al accidente de trabajo), mantiene la fórmula del aumento en una mitad y vincula la causa espacial al lugar en que se hallen las máquinas, artefactos, instalaciones o centros (se emplea la preposición *en* vez de *por*) que carezcan de los aparatos de precaución reglamentarios. Cabe en este punto destacar el alcance geográfico del lugar en que deba tener origen el accidente y, en referencia al medio instrumental, su tono negativo y generalista.

De vital avance en el Derecho Social puede calificarse la doble ficción jurídica que amplía el ámbito subjetivo de protección. Por un lado, la equiparación como accidente de todo incumplimiento de las disposiciones en vigor que el empresario cometa respecto al trabajo de mujeres y niños; y de otro, se otorga esta especial protección a los trabajadores víctimas de *neumoconiosis* que no hubiesen sido previamente reconocidos a la ejecución de su tarea en ambientes de riesgo⁴⁶. Y como

⁴⁴ Es importante considerar que se refunde un periodo extenso que arranca con el Reglamento de Accidentes del Trabajo en la Industria de 31 de enero de 1933. Son 22 años, los mismos que transcurrieron desde la primera ley de 1900 a la publicada en 1922, antes comentadas.

⁴⁵ Dispone el siguiente artículo un curioso encargo: el de no crear sino organizar un Gabinete de Experiencias dentro del Ministerio al objeto de formar un museo que conserve los modelos de los mecanismos ideados para prevenir los accidentes y en que se ensayen otros nuevos. El Reglamento lo reitera literalmente en el artículo 18.

⁴⁶ Tal reconocimiento por el empresario debe omitirse en los ambientes *pulvígenos* incluidos en los números 24 a 28 del Decreto de 13 de abril de 1961, al que remite el Reglamento sobre este particular.

dato de interés histórico éste que reseñamos: a partir de ahora la denominación legal pasa a llamarse *recargo* y de forma tajante se le atribuye naturaleza sancionadora quedando prohibido su seguro, conforme a la nueva redacción que al artículo 55 proporciona el Decreto 3250/1962, de 6 de diciembre.

2.2. Su integración en el naciente sistema de Seguridad Social de 1966.

De esta última disposición debe partirse para entender la regulación vigente del recargo. El salto cualitativo se da en cuanto amplía el estrecho campo de la maquinaria y los mecanismos de prevención para situar el objeto de protección en el vasto campo de la *seguridad e higiene en el trabajo*⁴⁷. De lo restrictivo y sancionatorio se pasa a los amplios criterios de lo preventivo, por infracción no solo de lo ya reglamentado sino también de las situaciones inespecíficas de mero peligro.

El siguiente hito histórico viene marcado por el texto refundido del año 1974⁴⁸, que toma en consideración la evolución de la materia en cuanto a su ámbito objetivo determinado por los artículos 147 del Decreto 907/1966, de 21 de abril (Texto Articulado) y 15 de la ley 24/1972, de 21 de junio (Ley de Perfeccionamiento). Esta nueva normativa viene a consolidar el nuevo ámbito aplicativo y a introducir la cuantificación del porcentaje variable según la gravedad de la infracción entre un 30% y un 50%, y que amplía también a las pensiones vitalicias y a las cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes (*se extiende a todas las prestaciones económicas que puedan derivarse de accidente de trabajo o de enfermedad profesional*)⁴⁹, modificando la regla que consistía en el *aumento en una mitad* de la indemnización instaurado siete decenios antes. Por el contrario mantiene el criterio espacial determinado por el hecho de que la lesión se produzca *en* y no *por* las máquinas, artefactos, instalaciones, centros y lugares de trabajo, así como la extensión en la observancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene, incluso de *las elementales de salubridad o adecuación al trabajo*⁵⁰.

Llegamos así al artículo 93 del citado texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, que extiende el recargo no solo a las indemnizaciones como cantidad a tanto

⁴⁷ La expresión se sustituye en el nuevo texto refundido de 2015 por la de *seguridad y salud en el trabajo*.

⁴⁸ Aprobado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BBOO del Estado de 20 y 22 de julio).

⁴⁹ La extensión objetiva se hace en el artículo 15 de la ley de 1972 que termina identificando de manera genérica y abstracta *la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo* como *causa productora del accidente o de la enfermedad profesional*.

⁵⁰ El artículo 189 de la ley de 1966 ya concretaba que *las personas que sufran defectos o dolencias físicas...o cualquier otra debilidad o enfermedad no serán empleadas en máquinas o trabajos en los cuales, a causa de dichos efectos o dolencias, puedan ellas o sus compañeros de trabajo ponerse en especial peligro*.

alzado sino a todas las prestaciones derivadas de contingencia profesional. Sin duda se trata de la primera regulación moderna del recargo, porque conecta la normativa de accidentes de trabajo con el sistema unificado de protección que representa la naciente Seguridad Social⁵¹. Ese juego de variabilidad en la determinación del porcentaje según la gravedad y su aplicación generalizada a toda infracción y a todas las prestaciones sin duda marca un punto de inflexión en su nuevo aspecto. Ya no estamos solo ante una multa que se añade a una cantidad fija y se agota en sí misma, sino ante una figura versátil que se proyecta en el tiempo de forma indefinida. La diferencia es notable y su complejidad camaleónica termina por complicar su tratamiento⁵². También su naturaleza, que no se expresa pero que se intuye larvadamente: sigue siendo sanción, no ha perdido su alcance indemnizatorio y afianza uno de sus rasgos emergentes, su fuerza preventiva y disuasoria del accidente de trabajo. Y de la enfermedad profesional.

2.3. La evolución hasta el texto refundido de 1994.

A la regulación actual del recargo se llega extendiendo su precedente. Los pilares ya habían sido puestos con el texto refundido del año 1974 y las reformas que desde entonces se acometen son menores y de orden cosmético. Así, en la nueva redacción se omite la referencia a las Comisiones Técnicas Calificadoras como órganos encargados de su reconocimiento en vía administrativa, suprimidas a finales de 1978. Sus aspectos esenciales serán objeto de estudio en el siguiente apartado cuando tengamos de oportunidad de analizar los rasgos básicos del concepto; pero ahora resulta provechoso referirnos a las diversas disposiciones legales que a modo de fieles centinelas le proporcionan seguridad y soporte normativo.

El artículo 9 del ya derogado Decreto de Recaudación de 1985 expresaba de forma tan sintética como rotunda el nudo gordiano de la figura:

Respecto de los recargos sobre las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, a que se refiere el artículo 123 de la Ley General de Seguridad Social, es sujeto responsable del pago el empresario infractor, sin que puedan ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrir, compensar o transmitir tal responsabilidad.

⁵¹ Así lo describen Sempere Navarro y Martín Jiménez en su obra *El recargo de prestaciones*, página 25.

⁵² La jurisprudencia de esa época pasa de un criterio restrictivo (STS de 7 de marzo de 1970, RJ 1157) a otro *meramente estricto* (STS 6 de abril de 1971, RJ 1925), ajustado a la letra de la ley. Igual diferencia subraya la doctrina comparando resoluciones del extinguido Tribunal Central de Trabajo: RODRÍGUEZ SANTOS, B., *Comentarios a la ley de Seguridad Social, Volumen II- Accidentes*. Editorial Lex Nova, Valladolid 1983, p. 481.

Y seguidamente articula con precisión el mecanismo administrativo: el INSS reconoce el grado de responsabilidad y la cuantía del recargo y a la Tesorería compete su recaudación⁵³. Pero es sin duda el vigente Reglamento de Recaudación de 2004 la norma que refuerza el carácter represivo de la figura, incluyendo su regulación en el artículo 75 junto a las sanciones por infracciones del empresario en materia de Seguridad Social⁵⁴. Es curioso advertir que también la preposición *sobre* delata una naturaleza añadida que se atribuye al recargo como entidad distinta de la prestación misma. Tal expresión no figura en el texto refundido de la ley -que recordemos se intitula *recargo de las prestaciones económicas...*- y pone el acento en el dato de la pertenencia integrativa, considerando el aumento dentro o en referencia al objeto que complementa, lejos del sentido extraño con que el Reglamento de Recaudación trata la figura al considerarla como pena o sanción y no como mero complemento.

Sin duda tal consideración puede explicarse por razones sistemáticas: una norma de carácter recaudatorio no repara en esa disquisición técnica o académica y, conforme a su objetivo de ingreso, refuerza y pone el acento en el tono infractor del sujeto pasivo, aunque sea a costa de romper con el antecedente e introducir dudas sobre la naturaleza del recurso. Antes, la Orden de 15 de abril de 1969, en el tránsito al sistema de Seguridad Social y cuando ordena el procedimiento administrativo de las incapacidades, atesoraba las líneas maestras de la figura con la redacción del sustancioso artículo 51 que ningún desperdicio tiene como puede advertirse a continuación:

Artículo 51 Procedencia del recargo

Las indemnizaciones a tanto alzado, las pensiones vitalicias y las cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes que resulten debidas a un trabajador víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se aumentarán, según la gravedad de la infracción, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca en máquinas, artefactos, instalaciones o centros y lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o en los que no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o adecuación al trabajo.

⁵³ Artículos 89 y 96 RD 1637/1995, de 6 de octubre.

⁵⁴ La literalidad del precepto es ésta: *Artículo 75 Recargos sobre prestaciones. 1. Las resoluciones de la entidad gestora de la Seguridad Social en las que se declare la procedencia de recargos sobre las prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales originados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como los responsables de dichos recargos, conforme a lo previsto en el artículo 123 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, una vez sean firmes en vía administrativa se comunicarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, con indicación expresa del momento en que se hubiera realizado su notificación, para la recaudación por ésta del importe de tales recargos.*

Dicho precepto se ve perfeccionado por la redacción de los siguientes artículos 52 y 53 que vienen a completar los demás aspectos esenciales del concepto: la responsabilidad en el abono del recargo y su declaración administrativa⁵⁵, que a su vez nutren el que sería el tenor literal del artículo 93 del texto refundido de 30 de mayo de 1974 que antes hemos examinado.

Por otra parte, resulta inevitable referirse al tratamiento que de la figura se hace en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social⁵⁶ que la refiere en el apartado 3 de su artículo 42 para determinar la responsabilidad de la empresa usuaria en los términos que siguen:

En las relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal, y sin perjuicio de las responsabilidades propias de éstas, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.

La amplísima responsabilidad que se fija por razón de causa, ámbito, contexto y condiciones se remata en el quinto apartado del precepto con una perla desubicada que, como antes hemos apuntado, confunde su buen propósito armonizador con el desvarío de introducir una importante dosis de confusionismo a la dinámica del recargo. Y así vemos que además de priorizar la declaración de hechos probados de un orden jurisdiccional sobre otro, con las consecuencias que después analizaremos, trata de forma ligera expresiones de carácter general pasando del *todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores* a la todavía más genérica *normativa de prevención de riesgos laborales*, sin considerar rigor alguno en el empleo del *quantum* cuando transita del plural al singular y del *recargo de prestaciones económicas* del apartado 3 se desliza al solitario *recargo de la prestación* que así cita el quinto ordinal del precepto:

5. La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos

⁵⁵ Las dudas y contradicciones que el procedimiento administrativo en la materia vienen suscitando vienen siendo tratados por la doctrina que no deja de preguntarse sobre la eventual incompetencia de la Administración de la Seguridad Social para declarar el recargo en lo que respecta a la existencia de infracción y gravedad de la misma, entre otros aspectos de transcendencia práctica y legal. Así DESDENTADO DAROCA, E., *Procedimiento Administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas: recargo de prestaciones y declaración de la incapacidad permanente. Caducidad y prescripción*. Revista de Derecho Social número 40 (2007).

⁵⁶ Su texto refundido vigente se aprueba por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social.

Sin duda alguna, el mismo afán reparador anima el texto que atribuye a la Inspección de Trabajo la facultad de instar el recargo al tiempo de practicar las actas de infracción contra el empresario que incumple las medidas de salud laboral. El artículo 27 del decreto 928/1998 no puede ser más directo⁵⁷, pero incorpora un nuevo factor de duda e inseguridad al referirse a una particular tarea, de complicado cumplimiento, que al inspector impone: designar la causa concreta de las que entiende se relacionan en el magma general de la norma marco contenida en la Ley General de Seguridad Social. Y lo hace en estos términos:

El informe-propuesta de dicha Inspección recogerá los hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, la causa concreta de las enumeradas en el artículo 123.1 del texto refundido citado que motive la propuesta y el porcentaje que considere procedente aplicar.

Eso sí, dentro de las competencias que la ley ordenadora le atribuye en su artículo 7.8 que ya apunta al decisivo papel del intervencionismo público en la materia (*Instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene*) y que toma como sustrato el arsenal normativo que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁵⁸ le proporciona y que merece atención aparte, conforme exponemos a continuación.

Debemos partir inevitablemente de su primer artículo que nos coloca ante un panorama sin horizonte, ilimitado y sin fin en su ámbito objetivo: la prevención sobre riesgos laborales no solo alcanza la norma positiva en cuanto a las medidas preventivas ya contenidas y prescritas en todas las normas posibles, legales o convencionales, sino (¡y aquí está la cuestión de perspectiva!) a las que sean *susceptibles de producirlas* en el ámbito laboral. Nos es, pues, de extrañar que al determinarse la responsabilidad en el artículo 42 se emplee la misma fórmula infinita que pasa por fijar una premisa de generosa amplitud tanto en la invocación de las faltas como de las sanciones que su incumplimiento comporta, según vemos en el tenor literal de su primer apartado:

⁵⁷ Literalmente el Reglamento General (RPS) expresa: *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social está legitimada para iniciar el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo proponiendo el porcentaje de incremento que estime procedente, en aplicación del artículo 123 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que es compatible con la responsabilidad administrativa, penal o civil que derive de los hechos constitutivos de la infracción.*

⁵⁸ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 269, de 10 de noviembre.

El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.

Amplitud represiva que se acentúa con el principio de compatibilidad entre las responsabilidades administrativas y las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y *de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social*. Y así de nuevo se consume la red en que el recargo queda atrapado; porque si de un lado se constata el principio general de independencia y compatibilidad del artículo 123.3 de la Ley General, de otro se vuelve a los orígenes reforzando literalmente su naturaleza indemnizatoria, al mismo nivel que los resarcimientos por daños y perjuicios causados en los demás órdenes jurisdiccionales.

En suma, la línea trazada por el alumbramiento del nuevo sistema de protección social, desde el texto refundido de 1994, pretende armonizar las funciones represiva y preventiva de la figura pero termina por oscilar entre una y otra, según estamos viendo, con el indeseado efecto de producir más confusión e inseguridad jurídicas. Si en la norma básica que representa el citado precepto (y vigente concepto) se omite el primer aspecto de forma ostentosa y únicamente asoma bajo el manto de una tímida referencia a la *gravedad de la falta* y mediante la invocación del concepto *empresario infractor*, en los respectivos Reglamentos de cotización y recaudación ya hemos visto que no se disimula. De igual modo que hiciera éste, el Real Decreto 2064/1995 que aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, *juega* (permítasenos la expresión) con la naturaleza del recargo transitando de una a otra sin recato alguno y, tras enunciar el artículo 83 como *liquidación de los recargos de prestaciones*, comienza el texto refiriéndose a *los recargos sobre las prestaciones que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional...* Ya nos hemos referido antes al papel decisivo que la semántica juega en la interpretación del derecho y los efectos que, en el ámbito concreto de la materia objeto de nuestro estudio, pueden derivarse de su consideración como un simple añadido (y ajeno a la prestación) o como parte integrante de la misma.

De ahí el vital papel que tiene el debate acerca de su naturaleza que en el capítulo siguiente tratamos detalladamente y que a continuación dejamos expuesto en sus aspectos más significativos.

3.- RASGOS BÁSICOS IDENTIFICADORES DEL CONCEPTO.

Las notas caracterizadoras del recargo, mixtas y singulares⁵⁹, hacen que todavía nos sorprenda entender cómo es posible que, tratado como sanción, pueda gestionarse -en el marco de la Seguridad Social y a través de su correspondiente entidad gestora- como a una verdadera prestación corresponde. Pero esta básica contradicción no la genera ni la doctrina ni la jurisprudencia sino el legislador que, lejos de aportar una salida al problema, ha ido acumulando silencios hasta el presente permitiendo la confusión reinante. Aunque cabe preguntarse si el recargo puede ser al mismo tiempo una sanción contra el empresario y una indemnización a favor del accidentado, calificación dual que ahorra disquisiciones sobre su naturaleza y facilita su comprensión por la finalidad que cumple⁶⁰.

En suma, es hora de trascender la dogmática de su significado y abordar la conveniencia de su reforma poniendo el acento en su eficacia respecto de la salud laboral y en la prevención de accidentes, aspecto éste de especial trascendencia que más tarde trataremos con detenimiento⁶¹. El verdadero sentido de la institución que

⁵⁹ Como sanción compleja unitaria la entiende MONEREO PÉREZ, J. L. (op. cit. pág. 82) que destaca una serie de peculiaridades, a saber: a) no sirve a un único interés, también tiene un componente indemnizatorio en naturaleza dual pues el deber de seguridad tanto es deber público como obligación contractual; b) la norma se dirige a la Administración que tiene el cometido de castigar no al súbdito infractor; c) la responsabilidad del empresario infractor es respecto de la Administración de la SS y el recargo se impone ante la TGSS como medida de recaudación y recurso económico con desplazamiento de las técnicas del seguro privado pues se resalta la noción de sistema de previsión o aseguramiento social y consiguientemente la idea de servicio público. (pág. 72 y ss). Así, el derecho a la prestación de recargo como aumento legal de prestación se integra en cuanto a su naturaleza en el grupo de *las sanciones de protección del orden general de convivencia*, aunque sus destinatarios no sea el colectivo de ciudadanos, lo cual no le priva de eficacia general (proyectividad *erga omnes*); d) carácter mixto unitario en sistema sancionatorio complejo; no hay doble naturaleza sino solo naturaleza compleja, inseparable el elemento aflictivo y el reparador, es la combinación *uno acto* de la finalidad represiva y la resarcitoria. Hay sanción única y no sanción múltiple para el caso de que el precepto fuera desobedecido. De otro modo, el recargo no es una mera consecuencia jurídica accesoria de una sanción principal. La sorpresa es su relativa modernidad para dar respuesta (por vigencia dogmática y utilidad práctica) a la multiplicidad de intereses en conflicto que concurren ante la violación de los deberes jurídicos; e) principio de independencia y compatibilidad de responsabilidades: su especialidad, su complejidad, sustrae al recargo de las reglas ordinarias de conflicto entre sistemas sancionatorios, lo que no implica que unos mismos hechos existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencias Tribunal Constitucional 77/1983, 62/1984 y 158/1985); f) imposibilidad de aseguramiento; g) principio de responsabilidad cuasi-objetiva: incumplida la medida de seguridad se dispara la sanción compleja del recargo; h) El recargo es prestación con igual naturaleza que la principal que incrementa y a cuyo régimen se asimila; la responsabilidad subsidiaria del INSS es demostrativa de su dimensión pública así como su sometimiento al procedimiento recaudatorio como recurso del sistema de Seguridad Social (pág. 82).

⁶⁰ La inserción del recargo en el orden punitivo plantea serias dificultades, algunas insalvables si atendemos a su falta de tipificación como sanción administrativa por no ajustarse al artículo 25 de la Constitución Española y por colisionar con otros principios del Derecho Sancionador como los de proporcionalidad y *non bis in idem* (ver STS 16-5-2007). Así lo recoge CORREA CARRASCO, M., *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*. Editorial Bomarzo, Albacete 2008.

⁶¹ En la segunda parte de este trabajo abordamos el estudio de las causas y los entornos en que se origina el recargo de prestaciones, analizando las responsabilidades que del mismo se derivan.

tratamos -y lo que con acierto también se denomina *el problema de la coordinación de las distintas vías de resarcimiento*- está presente desde su nacimiento como nos recuerda la Sala de lo Social del Tribunal Supremo:

*En realidad, la naturaleza del recargo se aclara desde una perspectiva histórica. Nuestro sistema de protección de los accidentes de trabajo optó en la Ley de 30 de enero de 1900 por la responsabilidad objetiva del empresario, pero el reconocimiento de esa responsabilidad objetiva llevó a una limitación de la reparación a través de las indemnizaciones tasadas, que cerraban la vía de la exigencia de una responsabilidad por la vía civil. En ese esquema de protección el recargo cumplía la finalidad de otorgar una reparación superior en los casos en que la infracción de las normas de seguridad evidenciaba la existencia de culpa en el accidente*⁶².

Con relación a este singular recargo en las prestaciones, la jurisprudencia unificadora, ha sentado las siguientes líneas generales básicas que sintéticamente describimos para articular después su desarrollo:

a) El componente sancionador del recargo determina que la norma deba ser aplicada restrictivamente⁶³.

b) Constituye un gravamen que se añade a una prestación, de la que solo responde el empresario infractor.

c) La responsabilidad es de naturaleza cuasi-objetiva sin apenas influencia de la conducta del trabajador, *como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida*.

d) En cuanto a su abono, cabe predicar la ausencia de toda responsabilidad del INSS y la directa y exclusiva del empresario, circunstancia que impide pueda ser objeto de aseguramiento público o privado al no tener consideración de prestación de la Seguridad Social.

⁶² Voto Particular a la sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 2 octubre 2000 (RJ 2000/9673), que termina concluyendo: *Cuando a partir de la Ley Articulada de la Seguridad Social de 1966 (RCL 1966, 734 y 997) se permite, de forma clara, la posibilidad de una acción de responsabilidad del empresario compatible con el derecho a las prestaciones de Seguridad Social, surge el problema de la coordinación de las distintas vías de resarcimiento, porque se ha mantenido también el recargo, que ha dejado de ser la vía exclusiva para obtener una reparación adicional en los casos en que el accidente es imputable a culpa del empresario*.

⁶³ La discusión doctrinal sobre la naturaleza sigue viva: se sanciona para prevenir pero la finalidad indemnizatoria se configura solo como secundaria (42.3 LPRL) *pues no se inserta en una lógica reparadora sino que se materializa en un incremento de las prestaciones que hace abstracción de los daños sufridos*. CORREA CARRASCO, M., *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*. Editorial Bomarzo, Albacete 2008.

e) La cuantía del recargo no resulta proporcional a la gravedad del daño causado al trabajador accidentado sino que se establece atendiendo a criterios de necesidad según la contingencia profesional sufrida y en razón a la gravedad de la infracción cometida por el empresario.

f) La idea del *empresario infractor* también es determinante en la fijación de responsabilidad concurrente en los casos de contratas y subcontratas⁶⁴.

3.1. Figura controvertida⁶⁵.

Es sorprendente que la institución que venimos tratando sea *una de las más controvertidas y discutidas figuras de nuestro sistema de Seguridad Social*, con más de cien años de antigüedad, y que poco se haya hecho por reordenarla, atajando los innumerables problemas que encierra y que con el paso del tiempo se han ido agravando⁶⁶. Sin duda alguna, el recargo de prestaciones constituye un perfecto observatorio desde el que contemplar cómo se ha ido protegiendo la contingencia profesional desde sus orígenes, porque en la producción del accidente confluyen factores heterogéneos muy sensibles a toda suerte de ópticas y sensibilidades en el contexto de la siempre tormentosa relación de trabajo. Ligado al sistema de responsabilidad empresarial, es manifiesto que el recargo se mantiene en un aparente y perfecto estado de revista gozando de una salud conservada justamente por los constantes achaques que sufre merced a su singular naturaleza poliédrica. Sus incesantes crisis engendran un renacer constante.

El recargo en su origen es un gravamen en las indemnizaciones tasadas que nuestra más que centenaria ley de 1900 impone al patrono que no observa las medidas de precaución en los aparatos y herramientas productores del accidente. Sin duda, en la lógica y esquema legal iniciales, se muestra como pena pecuniaria impuesta a la negligencia patronal que viene a representar en sí misma la reparación al daño; de ahí su incompatibilidad con la acción de responsabilidad civil, pues comparte con ésta su mismo fundamento con un alcance sancionador manifiesto. Pero la inmunidad del empresario llegaba hasta el importe tasado previsto legalmente, consumándose así la reparación íntegra a resultas del accidente sufrido. En este punto no existía debate alguno sobre concurrencia de culpas o posible enriquecimiento injusto del accidentado: bastaba con extraer la literalidad de la norma para dar eficaz respuesta a

⁶⁴ STS (Sala 4ª) de 2 octubre 2000 (RJ 2000/ 9673).

⁶⁵ Las reflexiones que se contienen en este apartado nacen al hilo de la obra de MERCADER UGUINA, J. R., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La ley, 2001, páginas 137 y ss.

⁶⁶ Con el nuevo texto refundido de 30 de octubre de 2015 se ha perdido una inmejorable oportunidad de ordenar la figura que una vez más ha dado probada muestra de su dureza y capacidad de supervivencia.

su dinámica reparadora. Evidentemente a tal simplicidad contribuía la inexistencia de sanción administrativa alguna, aunque el artículo 69 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo tuviera previstas *las responsabilidades administrativas que conceptúe más eficaces*. Es justo este factor de tutela administrativa el que con el paso del tiempo vendrá a incorporar a su primigenia función indemnizatoria un *carácter sobrevenido y circunstancial de sanción civil*, cuyo encaje recíproco se complica a lo largo del tiempo y todavía no hemos terminado de ordenar. En este punto cumple un papel de enlace cualitativo la noción de riesgo laboral que, evolucionado desde el más genérico riesgo profesional, probablemente haya condicionado que por razones de política social se mantengan de forma residual o marginal los mecanismos de responsabilidad del Derecho común al objeto de obtener una reparación integral de las resultas de los siniestros laborales⁶⁷. Se trata así de mantener deliberadamente la responsabilidad del empleador como una reclamo y refuerzo de la prevención de riesgos profesionales, *estimulando los esfuerzos de prevención mediante la intimación que provoca la sanción amenazada en el agente esto es como represión de los comportamientos desviantes*⁶⁸.

Por ello resulta alentador y positivo contemplar cuanto se ha escrito en la doctrina acerca de la real naturaleza del recargo; pero se corre el riesgo de quedarse en la epidermis de la cuestión semántica con olvido de la eficiencia de la institución que se analiza; cuando no, contribuyendo a un debate estéril con el efecto de aportar más oscurantismo si cabe. A este efecto puede contribuir sin duda, la mayor o menor fortuna del legislador en redactar la norma, porque en definitiva es cuestión de lenguaje⁶⁹. De ahí que tengamos siempre presente el Diccionario de la Lengua y, cómo no, los criterios interpretativos del Código Civil, pero sobre todo el sentido común para dar forma y salida a los problemas que el recargo plantea. Es tan simple como en efecto *limitarnos a describir lo que tenemos frente a nuestros ojos*.

⁶⁷ Vid. MUÑOZ MOLINA, J., *El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 59, 2005.

⁶⁸ Esta sugerente consecuencia puede examinarse en MONEREO PÉREZ, J. L. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una institución tradicional*. Estudios de Derecho Laboral. Editorial Civitas, Madrid 1992 (p. 67).

⁶⁹ En este punto mostramos que existe discrepancia en la doctrina, pues aunque deba asumirse la importancia de determinar con acierto su naturaleza en orden a sus consecuencias y tratamiento, es importante destacar el peso del legislador en la resolución de la mayoría de los problemas que suscita. Como ejemplo valga la siguiente cita: *no se trata de una disquisición puramente académica o teórica, pues del calificativo que se le pueda atribuir dependerá la solución a otros muchos problemas que se plantean, tales como la posibilidad de deducir su importe de las indemnizaciones totales que puedan corresponder a la víctima por diversos conceptos, si la responsabilidad que pueda exigirse es o no asegurable y la incidencia que en la materia pueda tener el principio non bis in idem*. Con indudable acierto, pues no es esta la misión que tiene encomendada, en ningún momento el legislador ha atribuido al recargo carácter sancionador o indemnizatorio. IGLESIAS CABERO, M., *El recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración 78, págs. 201 a 214.

No es nuestro propósito favorecer el *tan intenso como estéril debate sobre el verdadero ser del recargo* hasta desembocar en el desconcierto e inseguridad del intérprete porque estamos convencidos con Mercader que *la polémica sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones sigue abierta y sin solución alguna...* de mantenernos en las actuales coordenadas!, añadimos nosotros. Pero sí nos atrevemos a indagar sobre los motivos que hacen posible su continuidad desde su reconocible alma dual, preguntándonos si no hay caminos más cortos y directos, alternativos, que den eficaz y definitiva respuesta a la forzada complejidad que en esta materia introduce la anciana figura en todo cuanto toca. Por eso estamos convencidos de que no se trata de enfrentar rasgos sino de asumirlos y hacerlos reconocibles, transparentes. El juego de pesas y medidas nos conduce irremediabilmente a entrar en un túnel de espejos deformantes de toda realidad cuando no en una noria sin fin. El tratamiento que terminemos de dar será el resultado de incorporar a nuestro análisis las dosis precisas de los elementos que la solución del problema concreto requiera en cada caso. Porque tratándose de una institución centenaria el recargo se ha consolidado como concepto válido que puede reparar y sancionar al mismo tiempo; pero también y sobre todo, que viene dotado de una experiencia selecta capaz de renovarse y sintetizar cuantas virtudes encierra regenerándose y adaptándose a los nuevos tiempos. No es la voluntad del legislador lo que la ha mantenido viva durante este tiempo sino su propio gen jurídico que se remonta a los principios del Derecho⁷⁰.

Cuantas orientaciones doctrinales han sido antes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (o son desde entonces) se afanan en comprender la figura aportando perspectivas complementarias entre sí que pasan por destacar un aspecto u otro pero que contribuyen a vigorizar el nunca acabado debate desde variantes que se significan, en último término, por una cuestión de perspectiva camaleónica. Los tribunales han resuelto problemas concretos aportando matices que en ocasiones han enriquecido el debate y en otras han contribuido a confundir más aún, en uso de su plena autonomía y soberano criterio⁷¹. Incluso el Tribunal Constitucional se ha posicionado, inicialmente a favor de la naturaleza *puramente sancionadora* (STC 158/1985) para diez años más tarde abstenerse de *terciar* en la polémica doctrinal (STC 81/1995). Sobre la última identidad del recargo todavía queda mucho por matizar aunque es cierto que todavía no existe una postura bien definida y la

⁷⁰ Y en este punto destaca en particular el aforismo *suum cuique tribuere*, como objetivo final de la reparación del daño y verdadera encarnación del sentido de la justicia, sobre el que trataremos ampliamente en el capítulo VI. De hecho, es clásica la definición de justicia formulada por Ulpiano que se contiene en el Digesto como la *constante y permanente voluntad de dar a cada uno lo suyo*. Aranzadi Editorial tiene publicado un cuidado y valioso texto de reglas jurídicas y aforismos con jurisprudencia y remisiones legislativas que han elaborado en 2000 los profesores Rafael Domingo y Beatriz Rodríguez-Antolín. Y sobre el concepto material de justicia, Antonio Hernández-Gil diserta con magisterio en su discurso leído el 27 de octubre de 1980 ante la Academia de Jurisprudencia y Legislación *El Ordenamiento Jurídico y la idea de la justicia*.

⁷¹ Mercader se muestra crítico en este *vaivén* de criterios, *op. cit.* página 145.

tendencia sigue siendo pendular como se pone de manifiesto en la propia jurisprudencia constitucional que con frecuencia determina la posterior rectificación legislativa⁷².

3.2. Aplicación desigual.

La jurisprudencia viene entendiendo que las consecuencias del recargo no son aplicables a las mejoras voluntarias que el empresario puede realizar conforme a los artículos 191 y siguientes de la Ley General de Seguridad Social porque, aunque admita su inclusión en la específica área de protección social, debe excluirse por su carácter sancionador y quedar sujeto a lo que entiende como regulación propia del sistema obligatorio que únicamente debe quedar referido a las prestaciones concretas pero no a sus mejoras⁷³.

Tal criterio restrictivo no cabe anudarlo al carácter voluntario por cuanto es manifiesto que la posibilidad de mejora no impide su tratamiento integral como prestación sujeta a su dinámica y caracteres propios, en los términos que se contienen en el artículo 40 del referido texto legal⁷⁴. De ahí que esta cuestión constituya materia controvertida porque en el fondo se fuerza una interpretación no unitaria, sino repartida entre el tramo público que reconoce la Administración y el complemento que la empresa otorga como si se tratase de dos realidades diferentes, consideración que en absoluto concuerda con la realidad. Y ello es así pese a que se quiere justificar la exclusión en el origen convencional o la voluntad unilateral del empresario como si una u otra fuente de derechos planteara problema alguno de legitimación. No deja de ser paradójico que tras bendecir las ventajas de la mejoras voluntarias, Nuestro Más Alto Tribunal haga ostentación de toda suerte de reticencias a la hora de aplicar el recargo a la parte mejorada que solo admite en los supuestos de que se haya previsto en el pacto que la instaura o la decisión que la concede⁷⁵.

⁷² La STC 158/1985 declaró el carácter puramente sancionador del recargo, aunque lo hizo *obiter dicta* y por ello no es susceptible de generar doctrina en torno a la naturaleza jurídica del recargo. Sin embargo la STC 143/2000, contiene una postura contraria al vincular la infracción administrativa del empresario con el derecho subjetivo al recargo del trabajador, *incidiendo por tanto de forma implícita, en doctrina observada mutatis mutandi por STC 69/2003 en la naturaleza indemnizatoria del recargo*. MONREAL BRINGSVAERD, E., *Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas*. Actualidad Laboral número 3, Editorial La Ley 718/2011.

⁷³ STS (Social) de 11 julio 1997 (RJ 1997/6258).

⁷⁴ Dicho precepto recoge que las prestaciones de la Seguridad Social no podrán ser objeto de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento y que las percepciones derivadas de su acción protectora estarán sujetas a tributación sin que pueda ser exigida ninguna tasa fiscal por las mismas.

⁷⁵ La STS de 20 marzo 1997 (Rec. 2730/1996) se muestra rotunda en los términos que siguen: *Poniendo esto en relación con el problema que se debate en esta litis, se ha de declarar que, si en el*

Con todo, más que una salida literal se ha querido mitigar los efectos de hacer aplicación del recargo también a las mejoras voluntarias por cuanto, por razones de equidad y como recoge la jurisprudencia que hemos citado, tal hecho *supondría una segunda sanción a la empresa que voluntariamente concede mejoras a sus empleados, castigando más severamente al empresario que con sentido social procura ayudar a sus operarios, con respecto a aquel que se limita a mantener las prestaciones básicas de la Seguridad Social*. Es obvio que los síntomas del rigor pueden atenuarse mediante la invocación de criterios que suavizan en la práctica lo que no deja de ser un concepto expansivo en su origen, porque en efecto una cosa es la categorización de la figura cuando al definirla se habla de *todas las prestaciones económicas* (123.1 LGSS) y otra muy distinta desplegar su efecto devastador en el ámbito sancionador. Y ello es así porque siempre podrán encontrarse argumentos a favor de su exclusión con amparo en que la normativa aplicable se distancia de la regulación general a que están sometidas las prestaciones del sistema, tal y como razona la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1997:

Y así la sentencia recurrida atinadamente precisa que a las mejoras voluntarias no les alcanza la responsabilidad subsidiaria del INSS, que entra en juego en determinadas situaciones en relación a aquellas prestaciones, ni tampoco las normas sobre revalorización o incrementos de prestaciones que prescriben anualmente las Leyes de presupuestos generales del Estado y los decretos que las desarrollan. A lo que se ha de añadir que no son aplicables a dichas mejoras voluntarias buena parte de las disposiciones específicas que regulan las prestaciones propiamente dichas de la Seguridad Social, como son las que determinan el período de carencia exigible, el importe de la prestación y su base reguladora, la Entidad Gestora o colaboradora responsable de su pago, etc.; tampoco rige en cuanto a tales mejoras el principio de automaticidad de las prestaciones, ni consiguientemente puede entrar en juego, con respecto a ellas, la obligación de anticipo que caracteriza a este principio.

En definitiva, las mejoras voluntarias aunque gozan de la condición de prestaciones de Seguridad Social no están bajo el influjo de los efectos del recargo en razón a la vertiente sancionadora de éste⁷⁶.

acto o negocio generador de la mejora correspondiente no se dice nada sobre el recargo que aquí se discute, no es posible que éste se haga efectivo sobre ella; únicamente cuando en el acuerdo regulador de la misma se previene que le será de aplicación ese incremento, es cuando sí podrá ser éste tomado en consideración a estos efectos. Si no es así, repetimos, el tan mencionado gravamen debe ser excluido del radio de acción de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

⁷⁶ Lahoz lo ha resumido de forma precisa del siguiente modo: *no es aplicable el recargo de prestaciones sobre las mejoras voluntarias porque a éstas no les alcanza la responsabilidad subsidiaria del INSS, ni las normas sobre revalorización o incrementos de prestaciones que prescriben anualmente las Leyes de presupuestos generales del Estado y los decretos que las desarrollan, así como tampoco buena parte de las disposiciones específicas que regulan las prestaciones propiamente dichas de la Seguridad Social, como en las que determina el período de*

En referencia a los casos de protección en caso de pluriempleo, se plantea la discusión acerca de si el recargo debe aplicarse al todo o la parte en los casos en que sobreviene la contingencia profesional del trabajador sujeto a la disciplina de varios empresarios pero solo uno es el incumplidor. Y para ello se considera que en estos supuestos la base reguladora de las prestaciones se determina en función de la suma de las bases por las que se hubiera cotizado en las diversas empresas con aplicación del tope máximo previsto, conforme recoge el artículo 120.3 del anterior texto refundido de 1994. Es cierto que se parte del modelo que vincula la relación laboral a una sola empresa, pero se llega a la *ficta iuris* que prima la idea de *vida laboral* en cuanto a la protección que al trabajador deba darse como concepto integrador y único en detrimento de las distintas relaciones laborales y del concreto ámbito espacial en que el accidente o la enfermedad profesional se produce.

Y ello es así porque cuando la ley habla de prestaciones se está refiriendo a las que se generan atendiendo a una base reguladora única que, aunque compuesta de varias cotizaciones parciales, necesariamente considera al trabajador como sujeto unitario que se constituye en acreedor de la misma en su integridad. No cabe entender *que solo afecta al trabajador respecto a la empresa en que se produjo el accidente o se adquirió la enfermedad profesional, como si el accidente laboral fuera algo referido en primer término a la empresa y no al trabajador*⁷⁷.

El debate doctrinal en el apartado referido a las situaciones de gran invalidez pasa por considerar si el recargo es aplicable a las pensiones o a las prestaciones. Tal opción quedo superado con la entrada en vigor del texto refundido de 1974 que trocó una denominación por otra, toda vez el incremento del 50% se entendía que no gozaba de la consideración de pensión sino de prestación complementaria cuya finalidad específica consistía en retribuir a un tercero el servicio prestado al gran inválido en su cuidado⁷⁸. Desde que el texto vigente habla literalmente de que *todas las prestaciones económicas se aumentarán* es claro que ninguna duda puede existir acerca de que la pensión vitalicia (que a su vez debe incrementar su cuantía con un complemento *destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda*) constituye un solo referente sobre el que hacer aplicación del recargo para el caso de que se dé la contingencia profesional por causa de incumplimiento del deber

carencia, el importe de la prestación, etc., y sin que rija en cuanto a tales mejoras el principio de automaticidad de las prestaciones, ni consiguientemente puede entrar en juego, con respecto a ellas, la obligación de anticipo que caracteriza a este principio (SSTS de 20 de marzo, Rec. 2730/1996, y 11 de julio de 1997, Tol 238145). BLASCO LAHOZ, J. F., Recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo. Tirant on line, 31/03/2010.

⁷⁷ STS Social 22 de julio 1998 (RJ 1998/8545).

⁷⁸ Así lo interpretó en su día la doctrina jurisprudencial de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1972 (RJ 1972/490).

de protección del empresario⁷⁹, que como venimos expresando no siempre requiere de infracción concreta a normativa específica sino que posee una referencia general bien identificada, pudiendo incluso plantear falta de tipicidad y con ello quebranto del principio de seguridad jurídica. La extensión del recargo a esta prestación de naturaleza asistencial en los casos de gran invalidez se ha producido pese a su consideración como medida sancionadora y ello porque se ha entendido que prima lo dispuesto expresamente en la norma, esto es, constituirse en una verdadera prestación sin considerar ninguna otra circunstancia, ni tan siquiera el hecho de que su cuantía venga determinada en referencia a la pensión económica fijada para la incapacidad permanente absoluta o contenga de forma destacada la previsión finalista de remuneración por asistencia a favor del inválido.

Sin embargo sí presentaba más dudas el hecho de que su innegable condición de prestación complementaria pudiera suplirse por la alternativa legal que hasta la reforma introducida por el artículo 2 de la ley 40/2007 consistía en su sustitución por el internamiento del inválido en un centro asistencial⁸⁰. Incluso en este punto la doctrina de Nuestro Más Alto Tribunal ante la posibilidad de declaración de incompatibilidad de recargo con esta versión sustitutoria del complemento en razón a su naturaleza de *prestación especial, asistencial y fungible* termina por extenderle los efectos de aquél⁸¹.

En suma, la referencia expresa a «*todas las prestaciones económicas...*», que el precepto legal contiene no debe admitir duda alguna como superación de la anterior doctrina basada en la literalidad del artículo 147 del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social aprobado por el Decreto 907/1966, de 21 abril, en el que se especificaba que el incremento procedería únicamente sobre las indemnizaciones a

⁷⁹ La sentencia TS (Social) de 27 septiembre 2000 (RJ 2000/8348) no puede ser más expresiva en este punto al sostener que (.../...) *con independencia de la naturaleza que pueda serle atribuida a aquel incremento del 50 por 100 previsto en el art. 139.4 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, de lo que no cabe duda es de que se trata de una prestación económica prevista para la indicada contingencia, por lo que, puesta en relación con lo dispuesto en el art. 123 precitado no puede caber duda sobre el hecho de que el recargo habrá de recaer sobre el total de dicha prestación económica.*

⁸⁰ El artículo 139.4 LGSS antes de la reforma preveía que *a petición del gran inválido o de sus representantes legales podrá autorizarse, siempre que se considere conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento a que se refiere el párrafo anterior por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos.*

⁸¹ Y ello en atención a que *se trata de un argumento que tampoco resulta convincente, pues el hecho de que tal sustitución sea posible no puede servir para enervar un derecho reconocido por la norma a quien percibe la prestación en su versión económica, cual es aquí el caso.* STS Social 27 septiembre 2000 (RJ 2000/8348).

tanto alzado, las pensiones vitalicias y las cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes⁸².

Con apoyo en la doctrina anterior, aplicable al complemento asistencial de la incapacidad en grado de gran invalidez y en la redacción dada al entonces vigente artículo 139.4 de la Ley General de la Seguridad Social, el Tribunal Supremo -tras sentar de forma indubitada que el recargo habrá de recaer sobre el total de dicha prestación económica- lo aplica también a los supuestos de declaración de incapacidad permanente total cualificada⁸³. Así, los puntos más significativos en este apartado conforme a la jurisprudencia pasan por entender en primer lugar que el incremento del 20% constituye prestación pero, aunque no sea independiente sino complemento⁸⁴, debe entenderse revestida de una cierta autonomía con requisitos específicos que aproximen su régimen jurídico al que es propio de toda prestación⁸⁵; lo que implica una segunda consecuencia: el tratamiento debe ser similar al que el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece en relación con la prescripción de acciones para el reconocimiento de este derecho complementario del de invalidez permanente.

3.3. Vinculación necesaria entre infracción y resultado dañoso

La definición legal nos lleva ahora a otro elemento sustantivo de su concepto determinado por la referencia a las contingencias profesionales: toda prestación económica que se produzca por accidente de trabajo y enfermedad profesional será aumentada con el recargo, si bien a continuación limita su aplicación solo a los supuestos que describe, enlace éste que nos obliga primero a descender desde el criterio amplio que contiene el macro-concepto de contingencia profesional a la luz de cuanto contienen los artículos 115 y 116 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (actuales 156 y 157), para después pasar a concretar su alcance en los términos que indica el precepto legal que comentamos.

⁸² A resultas de este planteamiento, cabe concluir *que el referido incremento, aunque no tenga la naturaleza de pensión propiamente dicha, entra claramente en el término más amplio de prestaciones*. STSJ Galicia 28 julio 1994 (AS 1994/2868).

⁸³ Y ello es así porque, *aunque es cierto que el incremento del 20% previsto para la pensión de incapacidad permanente total no tiene la misma naturaleza que el incremento del 50% de la gran invalidez, la naturaleza del citado incremento del 20% es prestacional, por lo que es de plena aplicación el recargo establecido por falta de medidas de seguridad*. Sentencia del TS Social 29 noviembre 2010 (RJ 2011/1353).

⁸⁴ La sentencia del Alto Tribunal de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010/2830) califica el incremento cualificado plenamente como verdadera prestación.

⁸⁵ STS de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995/3993). Este criterio ha sido reiterado por la de 9 de octubre de 2008 (RJ 2009/120), entre otras.

Debe partirse de una premisa cierta y expresa: la contingencia profesional no basta que quede vinculada solo a una consecuencia dañosa y que ésta se produzca mediando falta del empresario; además debe producirse en unas circunstancias concretas que el propio precepto legal desvela, eso sí, con alguna deficiencia semántica y de relación que vemos seguidamente.

La exigencia de que la lesión se produzca *por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad* entre otras, nos sitúa en un teatro de posibilidades con tres escenarios distintos marcados por las dos preposiciones y el adverbio subrayados que denotan el concurso alternativo de requisitos instrumentales, de lugar y tiempo, admitiendo cada uno de ellos variantes y subdivisiones que serán objeto de estudio detallado más adelante.

Por ello y de momento, conviene fijar las opciones desde las que anudar la causa del trabajo a la consecuencia del daño. Estamos, pues, ante un nexo causal amplio⁸⁶ en su diseño original pero limitado en su aplicación porque además de la concurrencia de infracción, se requiere que la lesión nazca en unas determinadas condiciones y circunstancias donde se amalgaman las carencias y los defectos de los dispositivos reglamentarios, de un lado, con la inobservancia por parte del empresario⁸⁷ de medidas que son muy variadas y distintas entre sí. Así, cabe distinguir, en la confusa e interminable descripción legal, ya las generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo ya las elementales de salubridad ya las relativas a la adecuación personal a cada trabajo, que a su vez desvelan un interminable panel colorista de matices atendiendo a los factores de capacidad, formación, edad, sexo y cuantas condiciones puedan ser atribuidas al trabajador.

⁸⁶ Para la STS de 26 de mayo de 2009 (TOL 1567130) debe aplicarse un recargo sobre las prestaciones de Seguridad Social a consecuencia de un accidente de trabajo que deriva de la falta de anclaje de maquina rozadora y la falta o deficiencia en la vigilancia o comprobación de los mismos, puesto que, tal y como indica la legislación aplicable (arts. 123 de la LGSS, 4.2 d) y 19 del ET, 14, 15 y 17 de la LPRL y RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo), se produce una relación de causalidad entre el accidente de trabajo y la falta de medidas de seguridad y salud laboral). En BLASCO LAHOZ, J. F., *Recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo*. Tirant On Line 31/03/2010.

⁸⁷ Para este mismo autor cabe extender la responsabilidad solidaria al subcontratista *porque debe entenderse que el estricto concepto de "centro de trabajo" previsto en el art. 1.5 del ET no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas sobre prevención de riesgos laborales, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión "lugar de trabajo", lo que significa que si la empresa que se ha adjudicado una obra para su ejecución decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios.*

En suma, y como fácilmente cabe entender, existe en el concepto legal del recargo -y en lo que a la relación de causalidad se refiere- todo un caldo de cultivo para la casuística, la polémica y la controversia jurídicas, que iremos desgranando a lo largo del presente estudio⁸⁸. Y a ello puede contribuir sin duda la redacción del artículo 123 LGSS que parte de un criterio singular en cuanto a la responsabilidad del empresario; basta la infracción para que se ponga en marcha el mecanismo que comporta, lo que no implica culpa del agente que produce aquella⁸⁹. Pero constatar la infracción no garantiza la imposición del recargo, toda vez ha de evidenciarse un daño efectivo al punto que debe establecerse alguna clase de prestación base sobre la que añadir el incremento que supone el recargo.

Asimismo, el nexo de causalidad entre la infracción empresarial y el resultado dañoso también nos sitúa no solo en el escenario de la negligencia del trabajador y en el de su derecho de resistencia, sino también sobre el viscoso aspecto de la presunción de inocencia del empresario en la infracción de su deber de seguridad y sobre la relación de causalidad de ésta con la consecuencia lesiva⁹⁰. En este punto la jurisprudencia de nuestros tribunales se muestra clara como premisa ineludible de enjuiciamiento:

⁸⁸ El incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad indicadas en el plan de prevención de riesgos es determinante para la imposición del recargo y poco margen deja para la exoneración: es el supuesto que trata el TSJ Castilla-La Mancha en la sentencia núm. 458/2015 de 21 abril (JUR 2015\124712), muy distinto al que estudia el TSJ Galicia en la suya de 12 junio (JUR 2015\162237) donde no establece responsabilidad empresarial alguna por el accidente del trabajador que, al subir sin protección a 1,80 metros de altura sirviéndose de una carretilla elevadora, pierde el equilibrio y cae al suelo, hecho que determina así la falta de relación de causalidad y la inexistencia de conducta negligente y culposa. Este mismo tribunal, no obstante, admite el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad cuando se produce el atropello del trabajador sin que la empresa le hubiese proporcionado el chaleco reflectante que podría haberlo impedido, ni delimitado convenientemente una zona de paso de camiones y peatones (sentencia núm. 1376/2015 de 10 marzo, JUR 2015\90549); sin embargo, aunque la relación de causalidad resulta evidente entre el accidente que se produce en el ámbito de la construcción y el atrapamiento de trabajador de empresa instaladora de gas a consecuencia del inadecuado procedimiento de acceso de la carretilla suministradora de material, debe considerarse que la deficiencia del sistema de frenado en la misma por negligencia del conductor determina la responsabilidad de la empresa de la que depende el trabajador causante del accidente, que no de la principal, conforme declara el TSJ Cataluña en su sentencia núm. 1132/2015 de 17 febrero (JUR 2015\110194).

⁸⁹ Mercader lo expresa con reiteración en estas palabras: *Precisamente la culpa que se presume es, precisamente, la falta de diligencia reflejada en la omisión de las medidas de seguridad o prevención de riesgos*. MERCADER UGUINA, J. R. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La ley 2001, página 148.

⁹⁰ La relación de causalidad entre la omisión de medidas preventivas y la causación del daño está presente en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 690/2015 de 6 febrero. AS 2015\520. Y sin embargo en la del mismo Tribunal núm. 711/2015 de 3 febrero. AS 2015\687 se procede a la desestimación, por inexistencia de incumplimiento empresarial en el accidente laboral, al constatar que se habían facilitado los medios de protección necesarios y existía evaluación de riesgos del puesto de trabajo cuando se produce el corte del nervio mediano del antebrazo izquierdo de empleado de charcutería, por no utilizar el manguito protector metálico adecuado, sino un guante de malla. Este contraste de pareceres es el mejor ejemplo de la casuística imperante en la materia, donde con tres días de diferencia un mismo Tribunal puede tener criterios opuestos en función de la realidad que examina.

(.../...) lo que ha de examinarse, y ello está en relación con la doctrina sobre la carga de la prueba, es si existe o no una relación de causalidad entre la conducta, de carácter culpabilísima por acción u omisión, del empresario, en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y el accidente o daño producido, y en la respuesta al interrogante han de valorarse todas las pruebas admitidas en derecho, y, además, las presunciones...permiten que el Tribunal a partir de un hecho admitido o probado podrá presumir, a los efectos del proceso, otro hecho si entre el admitido o probado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano⁹¹.

Sin embargo conforme también dispone el Alto Tribunal siempre ha de presumirse la relación de causalidad, según vemos en el cuadro legislativo que complementa al artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social y a las diversas disposiciones contenidas en la ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Así, puede observarse que el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981 impone a los empleadores, siempre que la medida sea razonable y posible, la obligación de garantizar que *los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores*.

Abona también este planteamiento el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución Española de 1978, que obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo, además de las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Así nos lo recuerda el Tribunal Supremo que al tiempo que destaca entre éstas *como más significativa la 89/391 CEE* completa su repaso a la normativa manteniendo que la presunción cimentada en el deber de seguridad del empresario también tiene fundamento en *los compromisos internacionales del Estado Español referidos en el preámbulo de la citada ley preventiva, cuyo objeto conforme a su artículo 5 es la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo*⁹².

Por otro lado, la imprudencia profesional (no temeraria) del trabajador no altera la imputación de la infracción a la empresa, sin perjuicio de su valoración al efecto de determinar el porcentaje del recargo, como tiene declarado el Tribunal Supremo en recientes resoluciones que vienen a sostener que la conducta del trabajador

⁹¹ STS (Social) 16 enero 2006 (RJ 2006/816).

⁹² STS (Social) 26 mayo 2009 (RJ 2009/3256). En este ámbito resulta ineludible el estudio del profesor BARRIOS BAUDOR, G. L., *La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 92 (2011).

accidentado puede determinar no solo la graduación de la responsabilidad del empleador sino también, incluso, su exoneración:

La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador⁹³.

Finalmente, también resulta interesante considerar la ausencia de responsabilidad del trabajador accidentado que no ejerce oposición alguna ante la infracción de medidas de seguridad por parte del empresario. La postura adoptada por la Sala de lo Social de Nuestro Más Alto Tribunal se resume en el siguiente extracto:

El accidente resulta imputable al incumplimiento de la empresa, pues si ésta hubiera cumplido las medidas de seguridad exigibles (instalación de barandillas o redes y provisión de anclajes para los cinturones de seguridad) el daño no se hubiera producido y esta relación de imputación del resultado dañoso no se altera por la conducta que la sentencia recurrida reprocha al trabajador accidentado⁹⁴.

Sobre la imprudencia del trabajador en los distintos aspectos que encierra, la tolerancia del empresario en su génesis y la concurrencia de culpas volveremos

⁹³ Así se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 julio 2007 (RJ 2007/8226) que remite a una línea de jurisprudencia sostenida y pacífica respecto de la imprudencia profesional del trabajador: entendiendo que su conducta *no reúne el carácter temerario, que de concurrir afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo, configurado en el artículo 115.4.b) LGSS, y por lo tanto, al recargo de prestaciones*. Y ello se hace aplicando la doctrina conforme a la cual el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. *Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.*

⁹⁴ La sentencia del TS (Social), de 6 mayo 1998 (RJ 1998/4096) resume con precisión la doctrina dominante en este punto y exculpa la pasividad del accidentado *porque: 1.º) no consta que éste haya incumplido su deber de colaboración o información a la empresa, 2.º) el eventual incumplimiento de esas obligaciones no tendría en cualquier caso entidad suficiente para alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada directamente a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, adoptando las medidas que la legislación establece con esta finalidad (art. 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, 3.º) aunque pudiera reconocerse al trabajador un posible derecho de resistencia para negarse a cumplir la prestación de trabajo en condiciones que suponen una amenaza para su seguridad, la falta de ejercicio de este derecho, que es lo único que aparece acreditado en el caso, no supone consentimiento en la producción de daño, ni culpa concurrente que pueda compensar la de la empresa.*

después al tratar sobre los ámbitos de la infracción y los rasgos esenciales de principio de causalidad con especial referencia a los supuestos de exclusión por temeridad y caso fortuito⁹⁵.

3.4. Porcentaje variable según la gravedad de la falta.

La graduación en tres tramos (mínimo, medio y máximo) como criterio general del régimen sancionador parece corresponderse con los tres niveles en que el propio artículo 123 de la Ley General estructura el recargo, porque la fórmula que emplea (*se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento*) admite el incremento no de diez en diez sino en una escala de 20 puntos que llegaría a consentir su descomposición incluso en fracciones decimales. Sin embargo resulta extraño y extraordinario que los tribunales declaren y los tribunales revisen en porcentajes distintos al 30, 40 o 50 los aumentos de prestación por efecto del recargo. Como si fuera ésta una realidad incómoda de la que con urgencia escapar ya de lado ya por encima, pero siempre de puntillas.

Es criterio jurisprudencial consolidado y está fuera de toda duda que en la ponderación de la gravedad de la falta habrá de tenerse en cuenta la peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, así como las instrucciones impartidas desde su poder directivo en orden a la observancia de estas medidas reglamentarias⁹⁶. Su exégesis precisa y acertada nos la proporciona de nuevo el Tribunal Supremo:

Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal. Así sucede al menos cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sancionador⁹⁷.

La lógica y el sentido común están obviamente presentes en el análisis precedente. La remisión al criterio gradualista pasa por respetar la proporcionalidad que debe existir

⁹⁵ Véase *supra*, Capítulo III, apartados 4 y 5.

⁹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1994 (RJ 1994,8522) y 19 de enero de 1996 (RJ 1996,112).

⁹⁷ En este sentido se expresa la sentencia del TS (Social) de 19 enero de 1996 (RJ 1996/112) que establece que aunque el precepto no contenga criterios precisos de atribución, sí indica una directriz general para la concreción del recargo que justamente sitúa en la expresión *gravedad de la falta*.

entre falta y sanción. Y para ello no se requiere más bagaje que el que nos muestra la calificación de las conductas en juego, de una parte, y la consecuente medida represora, de otra, prevista en la normativa y conforme al régimen sancionador aplicable. Pero debemos considerar que en la determinación del porcentaje aplicable al recargo solo se tiene en cuenta la proporcionalidad respecto a la gravedad de las faltas o infracciones en que ha incurrido el empleador. En cambio ni los perjuicios ni el daño ocasionado al trabajador tienen reflejo alguno en el concepto legal⁹⁸. De ahí que de nuevo sean las circunstancias concretas del caso las que determinen la variación del porcentaje atendiendo a la conducta del trabajador pero siempre en relación con el tamaño y gravedad de la infracción cometida por el empresario, magnitudes éstas que se constituyen en la verdadera medida de su cuantía⁹⁹.

Finalmente, gran parte de la doctrina ha venido criticando que el incremento esté formada por un porcentaje sobre la base reguladora, de tal modo que la gravedad quede condicionada al mayor o menor salario del causante. Y esto sí puede ser una deficiencia seria que comprometa un elemental sentido de la equidad por cuanto la ecuación cuantía del recargo/relevancia de la infracción no guardan cabal proporción dentro el esquema legal en términos de reparación integral del daño causado¹⁰⁰.

3.5. Aseguramiento prohibido.

El apartado segundo del precepto básico que venimos analizando se muestra rotundo en dirigir la imputación directamente sobre el empresario infractor para residenciar en él -¡y de forma exclusiva!- la responsabilidad en el pago del recargo¹⁰¹. Por tanto, la infracción debe ser imputada al empresario de la víctima del accidente cualquiera que

⁹⁸ Así lo recoge la STSud de 20 julio de 2000 (recurso 3801/1999).

⁹⁹ Supuestos concretos tendremos ocasión de analizar más adelante al estudiar los diversos aspectos de la figura. Sin embargo el criterio de la gravedad de la falta que constituye la directriz en que descansa la cuantía del recargo puede verse en estos ejemplos que citan NAVARRO Y CAVAS: *Se impone el 50% cuando al trabajador se le han asignado tareas distintas a las habituales, en puesto de trabajo con riesgo y, además, se ha omitido un mecanismo de seguridad (STSJ Murcia 6 octubre 1998). También se impone el recargo del 50% cuando hay un cúmulo de infracciones de medidas de seguridad (STSJ Andalucía/Granada, de 9 junio 1999, rec. 1762/97).* NAVARRO APARICIO, J. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *El recargo de prestaciones*, en CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. (coordinadores), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, págs. 1203 a 1222.

¹⁰⁰ CORREA CARRASCO, M., *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*. Editorial Bomarzo, Albacete 2008.

¹⁰¹ Sobre este particular la doctrina se muestra unánime aunque el Tribunal Supremo admite la responsabilidad solidaria cuando se produce un accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral en los supuestos de contratas y subcontratas para la realización de una obra determinada. Así las SSTs de 18 de abril de 1992 (RJ 1992/4849) y 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9320).

sea el lugar de la prestación de servicios sin que, conforme al precepto legal, sea válido cubrir, compensar o transmitir esta responsabilidad. Tal prohibición, que impone la visión de su componente sancionador, se amplía igualmente en los supuestos de descubierto de cotizaciones o insolvencia del empresario, lo que conduce al efecto de impedir *todo acto o contrato que tenga por objeto desplazar tal responsabilidad*¹⁰².

Es justamente este rasgo sancionador (y no la mera consideración del recargo como una mera indemnización a cargo exclusivo de la empresa y a favor del accidentado o sus beneficiarios) el que otorga fundamento legal a la intervención de la entidad gestora en orden a sus competencias para resolver sobre su procedencia y porcentaje de incremento. La decidida postura del Tribunal Supremo en este aspecto ha llegado hasta la Sala Primera, que aporta su contribución a esta cualidad manteniendo que el mismo *tiene su origen en razones de justicia material y de interpretación teleológica de la norma y en la claridad de las normas legales*¹⁰³.

Ya hemos visto que en base a su redacción literal (*la responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno...*) no cabe distinguir entre diferentes clases de seguro, y por ello debe considerarse la exclusión de todos sin ninguna excepción, incluido el que a través de la Seguridad Social se establece para la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes de trabajo. Ello se deriva del alcance punitivo del recargo, que hace intransferible la responsabilidad culpable ocasionada conforme anteriormente ha quedado expuesto. Y ello sin considerar las consecuencias que con respecto al mismo abre el artículo 15.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que permite en la actualidad *operaciones de seguro* por entidades mercantiles dentro de su ámbito de aplicación, en consideración a la responsabilidad objetiva del empresario, pero sin incluir la que para éste puede derivarse de culpa, hecho éste que a su vez comporta la imposibilidad de que por parte del sistema público de pensiones pueda anticiparse el recargo en base a negar su naturaleza de prestación, conforme al criterio jurisprudencial que sigue:

*Es cierto que el anticipo de la prestación por la gestora no eliminaría la responsabilidad empresarial directa en el recargo, pero ese anticipo se vincula exclusivamente, en el artículo 126.3 de la Ley General de la Seguridad Social, a las prestaciones de la Seguridad Social y el recargo no es una prestación de la Seguridad Social, sino un incremento que, por su naturaleza y función, excede el nivel de compensación fijado normalmente para las prestaciones sociales*¹⁰⁴.

¹⁰² STS Social 16 noviembre 1993 (RJ 1993/9069).

¹⁰³ STS (Civil) de 3 diciembre 2008 (RJ 2008/6945).

¹⁰⁴ El propio Tribunal Supremo (Social) remata el argumento de esta sentencia que dicta con fecha 2 de abril de 2004 (RJ 2004/4391) del modo que sigue: (.../...) *En cuanto al artículo 86.1.c) de la Ley*

Para entender la pervivencia de este rasgo definidor del concepto debe partirse del origen histórico de esta prohibición, del todo punto reveladora y que antes hemos referido: en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 el aseguramiento de esta indemnización especial está expresamente autorizada; su artículo 12 no deja lugar a dudas:

Art. 12. Los patrones podrán sustituir las obligaciones definidas en los artículos 4º, 5º y 10, ó cualquiera de ellas por el seguro hecho a su costa en cabeza del obrero de que se trate, de los riesgos á que se refiere cada uno de esos artículos respectivamente ó todos ellos, en una sociedad de seguros debidamente constituida, que sea de las aceptadas para este efecto por el Ministerio de la Gobernación, pero siempre á condición de que la suma que el obrero reciba no sea inferior á la que correspondiera con arreglo á esta ley.

Sin embargo, la Ley de 1922 viene a impedir el aseguramiento de dicha indemnización en el artículo 6.5ª, párrafo 2 estableciendo que *el riesgo de la indemnización especial no puede ser materia de seguro*, sancionando a las entidades aseguradoras que contravinieren tal norma con el apercibimiento primero y después con la retirada de autorización oficial. Pese a ello, tan enérgica prohibición se ve neutralizada por la regla general que en el artículo 25 permite al empresario sustituir todas las obligaciones derivadas del accidente -incluida la *indemnización especial* del artículo 6.5ª (que todavía no se llama *recargo*)- por un contrato de seguro a favor del trabajador con entidad debidamente constituida que sea autorizada por el Ministerio de Trabajo, siguiendo en este punto la pauta del precedente legislativo de 1900.

La prohibición radical se establece por vía reglamentaria muchos años después: el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956 en su artículo 55.4º habla por primera vez de *recargo a costa del patrono sobre las indemnizaciones determinadas por esta ley* que se considerará como una sanción, quedando prohibido bajo pena de nulidad su seguro. Y así hasta derivar en la primera legislación que configura el actual sistema de Seguridad Social. La Ley de Seguridad Social de 1966 -aprobada por Decreto 907/1966 de 21 de abril- introduce con todo detalle, según vimos antes, los elementos sustanciales de la actual regulación con toda su problemática:

Art. 147. Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

1. (.../...)

General de la Seguridad Social, aparte de que se refiere a los recargos como ingreso de la Seguridad Social y básicamente a los que enumera el artículo 27 de la citada Ley, y no al recargo de prestaciones que se destina al pago de los beneficiarios, del hecho de que este recargo pudiera ingresarse en la Tesorería General de la Seguridad Social aun cuando no existiera prestación causada –tesis que la parte recurrida no razona–, tampoco cabría deducir que la entidad gestora esté por ello obligada a anticipar la prestación cuando no existe norma que así lo establezca.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre la empresa infractora y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. (.../...)

La interpretación literal que del precepto vienen haciendo desde entonces los tribunales no puede ser más categórica:

(.../...) no deja la menor duda de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad es directa e intransferible a cargo del empresario incumplidor. La imposibilidad legal del aseguramiento de tal tipo de responsabilidad se extiende a cualquier modalidad de seguro, sea éste público o privado. Cuando el precepto en cuestión dice que esa responsabilidad... «no podría ser objeto de seguro» no distingue y donde la Ley no lo hace no le es dable distinguir al intérprete¹⁰⁵.

El artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (desde el 2 de enero de 2016 cambia al 164) contiene estos mismos elementos caracterizadores en el marco de la cuestionada y decreciente prohibición de aseguramiento de la que nos ocuparemos con detenimiento más adelante¹⁰⁶.

3.6. Responsabilidad independiente y compatible.

Finalmente el último rasgo que caracteriza al recargo, conforme al análisis ordenado del precepto que venimos haciendo, nos conduce al último apartado del artículo 123 del citado texto refundido. La breve y contundente frase que contiene contrasta con lo farragoso de su nuda definición que vimos en el primer ordinal y textualmente expresa:

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Antes, el artículo 196 del Reglamento de 1956, modificado por Decreto 3250/1962, de 6 de diciembre, compatibiliza las multas derivadas de la infracción con las demás responsabilidades civiles o penales en que se pudiera incurrir. Ya vimos que en el artículo 55 del mismo texto normativo se había regulado el recargo a costa del patrono sobre toda indemnización derivada del accidente de trabajo o la enfermedad

¹⁰⁵ STS (Social) de 8 marzo 1993 (RJ 1993/1714).

¹⁰⁶ El apartado 4 del Capítulo IV lo dedicamos al estudio del desplazamiento de la responsabilidad por aseguramiento.

profesional, considerándolo como una sanción y prohibiendo su aseguramiento bajo pena de nulidad.

La Sala de lo Social también ha tenido la oportunidad de declarar que dicho recargo es independiente del conjunto de indemnizaciones que puedan fijarse a favor del accidentado, *consistiendo en una institución específica y singular de nuestra normativa de Seguridad Social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas*, destacando una serie de factores que enumera y define del siguiente modo¹⁰⁷:

a) Preventivos: con carácter destacado su mantenimiento a ultranza se hace fuerte en la propia finalidad del recargo, esto es, la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestros en el ámbito laboral¹⁰⁸.

b) Disuasorios: el incremento de responsabilidades del empresario obedece al propósito indisimulado de que no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente. Es manifiesto que dicho objetivo encierra también la idea de impulsar coercitivamente el cumplimiento de su deber genérico de seguridad.

c) Resarcitorios: la prohibición de su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, se declara independiente y compatible con las responsabilidades de todo otro orden, y al cargarse de forma directa sobre el empresario, redundará en beneficio del accidentado o sus causahabientes, *como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial*¹⁰⁹, y con independencia del concreto perjuicio realmente sufrido.

d) Compatibles: la posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio *non bis in idem*¹¹⁰.

¹⁰⁷ La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/9673) basa dicha exclusión en la propia finalidad de la figura, por cuanto en caso contrario perdería toda su virtualidad si se procediera a la deducción de las diferentes cuantías por indemnización que a favor del trabajador pueden fijarse.

¹⁰⁸ Las políticas preventivas han tenido escasa incidencia sobre los accidentes de trabajo; éstos se producen en gran número por lo que *una mayor claridad y simplificación en la configuración del sistema de responsabilidades empresariales en materia preventiva contribuiría a incrementar la observancia de las medidas previstas en nuestro ordenamiento jurídico*. CORREA CARRASCO, M., *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*. Editorial Bomarzo, Albacete 2008.

¹⁰⁹ En este punto concreto se añade un importante aspecto: *...y dentro de los límites establecidos en función exclusiva a la gravedad de la infracción y no del daño*, aspecto clave que después trataremos.

¹¹⁰ Y ello encuentra fundamento en que, conforme a la jurisprudencia constitucional, *no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los*

e) Intervención Pública: la prueba de que el recargo no consiste en una mera indemnización, a cargo exclusivo de la empresa y en favor del accidentado o de sus beneficiarios, debe situarse en el hecho de que la intervención de la Entidad Gestora en vía administrativa sea preceptiva tanto para resolver sobre su procedencia como del porcentaje del incremento *pues en tal caso, despojado el recargo de su aspecto público o sancionador, se estaría ante un simple litigio entre particulares*, hecho que ni en el diseño legal ni en la práctica acontecen.

f) Independencia de indemnizaciones: no es posible confundir ni integrar la indemnización de daños y perjuicios, que en un primer momento pudiera fijarse, con el importe del posible recargo, toda vez de llegarse a este resultado no se cumple la previsión establecida en el citado artículo del texto refundido de Seguridad Social que lo regula y no existiría esa responsabilidad en el pago del recargo *independiente... con las de todo orden... que puedan derivarse de la infracción*.

Afianza este rasgo el hecho de que el recargo constituya una reminiscencia histórica mal acoplada en el actual marco de responsabilidades con la concurrencia de tres niveles distintos para su doble función. Así, para Correa¹¹¹ sería bastante con la responsabilidad objetiva (prestaciones básicas complementarias de Seguridad Social) más las civiles por culpa del empresario, dejando a salvo las vías paralelas de la responsabilidades administrativa y penal.

g) Criterio diferencial según gravedad de la infracción no por el daño: el propio ordenamiento de Seguridad Social ha determinado un trato desigual ante el supuesto de *dos accidentes de trabajo de los que hubieran derivado en abstracto idénticos daños y perjuicios para los trabajadores afectados, uno originado por una conducta empresarial infractora de medidas de seguridad y otro en el que no concurra tal infracción*. Viniendo tal diferencia justificada en razones de carácter objetivo, deberán fijarse indemnizaciones superiores en el supuesto de infringirse la normativa en materia de seguridad e higiene o de riesgos laborales. *La referida desigualdad desaparecería, por motivos distintos a los de la gravedad de la infracción, de seguirse la tesis contraria a la que ahora se establece*, concluye en su argumentación el Alto Tribunal.

Debe repararse que esta sólida declaración de independencia del recargo, contenida en el último párrafo del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, se hace respecto de las responsabilidades de todo orden derivadas de la infracción, lo

contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral). Vid. PÉREZ CAPITÁN, L., *El non bis in idem en el derecho sancionador laboral. La jurisprudencia de la última década*. Aranzadi Social, volumen II, 2007.

¹¹¹ *Op. cit.*, CORREA CARRASCO, M., *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*. Editorial Bomarzo, Albacete 2008.

que necesariamente conecta con lo que después se dirá en el artículo 127.3 del mismo texto legal cuando se trata en términos de especialidad la prestación nacida de hecho que implique responsabilidad criminal o civil. En estos casos -expresa este precepto- el abono de la prestación se hará *sin perjuicio de aquellas responsabilidades*, otorgando al trabajador o sus causahabientes la posibilidad de exigir las correspondientes indemnizaciones mediante el oportuno ejercicio de acciones.

La meridiana claridad con que nos obsequia la redacción de la norma no ha impedido que hayan surgido problemas de interpretación en cuanto al alcance que deba darse al régimen de compatibilidad entre las indemnizaciones y sobre todo al espinoso aspecto de la competencia judicial que en el capítulo siguiente trataremos. Y ello encuentra causa en la duda que se plantea a la hora de armonizar las responsabilidades en juego. Sabemos por descontado que la del empresario es objetiva y tiene base contractual. La cuestión problemática radica en el modo de unificar todo ese magma indemnizatorio que puede desplegarse en cuanto se percibe la presencia de otros agentes en la producción del daño y son diversas las indemnizaciones en juego. No admite duda su declarada compatibilidad con las de naturaleza criminal y civil (*ex* 127.3 LGSS), pero cabe preguntarse si ese ramillete de compensaciones reparadoras excluye las que puedan establecerse por otras vías y si la autonomía que su independencia les otorga puede operar al margen de éstas.

Y es claro que en este punto interviene de forma eficaz el principio de tutela efectiva: sin duda la reparación debe ser considerada como un todo armónico considerando los aspectos de hecho que intervienen en la producción del daño y respetando los distintos órdenes jurisdiccionales en juego¹¹². Pero no podemos incurrir en manifiesta ingenuidad jurídica; de sobra sabemos que esa declaración de compatibilidad esconde un propósito de reparación integral pero que necesariamente va a producir colisiones entre tribunales de distinta clase y orden. Y no solo en los aspectos de relevancia fáctica que puedan probarse (o no), sino en la misma valoración que de los hechos pueda hacer un órgano judicial u otro. Es decir, el conflicto está servido. Y ello sin considerar la *vis atractiva* del orden civil, los excesos de competencia que puedan plantearse y los aspectos de *prejudicialidad* que en mayor o menor grado la coyuntura temporal y el distinto grado de desarrollo de cada uno de los procedimientos vayan mostrando en ese incierto tránsito.

¹¹² La STSJ Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 2013 contiene un voto particular que apunta en esta dirección con estas palabras: *Conviene insistir en que el pronunciamiento relativo al recargo de prestaciones, no puede alterar la tipicidad de la infracción, sosteniendo por ejemplo que la misma debe calificarse como una infracción distinta, o que han quedado conductas sin sancionar, invocando al respecto una pretendida diferencia de perspectiva o enjuiciamiento, que por lo ya dicho es imposible desde el punto de vista lógico. Con ello se estarían rompiendo estrepitosamente con los tradicionales principios que rigen en el derecho sancionador, originando además, si la alteración sirviera para sustentar indebidamente la existencia de una infracción, una palmaria indefensión al sujeto eventualmente infractor, que ve como finalmente, con sus posibilidades de alegación y prueba cercenadas cuando no extirpadas, experimenta las consecuencias de una pretendida sanción cuya existencia no se declaró en la sede correspondiente.*

Para llegar a este postulado (y sintetizar una solución al problema de la concurrencia y desequilibrio de indemnizaciones) cabe acudir a la ficción jurídica que supone estar en presencia de una sola magnitud, integral y única, aunque en su imposición intervengan distintas vías jurisdiccionales. Así lo ha entendido la jurisprudencia al sostener que las prestaciones de Seguridad Social son parte de una *indemnización global* por lo que deben ser descontadas del total indemnizatorio que se fije¹¹³. Sobre este particular, que ahora dejamos apuntado, volveremos en el Capítulo VI cuando tratemos con detenimiento el concurso de indemnizaciones en la reparación del daño y los supuestos de incompatibilidad a resultas de la aplicación del principio *non bis in idem*.

4.- REFERENCIAS COMPARADAS.

Respecto de los institutos similares en nuestro entorno jurídico no encontramos referencia que se identifique con la figura que tratamos. Eso sí, cuando desde la doctrina se propugna su reforma al entenderse que *la regulación vigente en materia de recargo desequilibra todo el sistema de responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral, se piensa en otras figuras de daños punitivos recogidas en los ordenamientos jurídicos más próximos como el de Francia*¹¹⁴, basado en el sistema de cotizaciones que varía en base al mayor o menor cumplimiento de la normativa de prevención por parte del empresario. Este criterio se ha venido a implantar en España mediante un sistema de tarifas donde el nivel de diligencia del empresario, el gasto en prevención y el grado de siniestralidad quedan muy difuminados en una normativa todavía por evaluar en sus resultados prácticos¹¹⁵.

El modelo francés sería para determinado sector doctrinal el más adecuado porque al sistema variable de cotizaciones en función del grado de cumplimiento en materia

¹¹³ La STS de 9 de febrero de 2006 (recurso número 4100/2004) entiende a este respecto que *el derecho ha de ser interpretado con una visión global, con un todo armónico sin limitarlo o encuadrarlo en las distintas ramas jurídicas en que se diferencia sin perjuicio de respetar sus presupuestos y la razón de ser de cada una de ellas, pero teniendo presentes las soluciones que ofrecieran las restantes, ya que esas distintas ramas y las distintas órdenes jurisdiccionales no pueden ser concebidas como comportamientos estancos independientes entre sí, pues a través de todas ellas se hace realidad la tutela efectiva*.

¹¹⁴ DEL REY GUANTER, S. *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*. La Ley, 2008. El mismo autor (*op. cit.*, p. 247) sostiene que a favor de la propuesta anterior se alza el hecho de que históricamente ni la ley de 1900 ni el texto refundido de accidentes de 1956 prohibían el aseguramiento, si bien el anterior de 8 de octubre de 1932 se mostraba contrario en su artículo 32.

¹¹⁵ Véase en este punto el artículo 108 LGSS (146 del nuevo texto refundido de 2015) que faculta el establecimiento de primas adicionales a la cotización en relación a la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y a la eficacia de los medios de prevención empleados. Las reducciones previstas se desarrollan en el RD 404/2010 de 31 de marzo y Orden TIN 1488/2010 de 2 de junio.

de seguridad se une en supuestos de excepcional incumplimiento de la misma una cotización accesoria que genera una *compensación complementaria* para el trabajador o beneficiario afectado por el accidente de trabajo. Por supuesto que cabría su aseguramiento en la confianza que la diligencia del empresario en prevenir los riesgos tiene el efecto de reducir las primas en el contexto de un sistema progresivo que favorece la inversión en seguridad y prevención. Rige en Francia el principio de reparación tasada que impide el ejercicio de acciones complementarias al margen de las prestaciones de Seguridad Social. Pero también se contemplan excepciones a esta regla: está prevista una indemnización si el accidente se produce por *falta inexcusable* del empresario, por cuanto éste tiene una obligación de seguridad de resultado y debe tener conciencia del peligro al que el trabajador se expone. Este supuesto determina un recargo en la renta concedida a la víctima o sus causahabientes que está sujeto a determinados topes. A este aumento de renta cabe adicionar una indemnización por una serie de perjuicios que se sustancian a través de un orden jurisdiccional específico de Seguridad Social ante el que se dirimen todas las cuestiones relativas a la falta inexcusable¹¹⁶. Todas las reparaciones por esta causa se abonan por las Cajas Primarias del Seguro de Enfermedad que se encargan de solicitar su reembolso al empresario infractor mediante una cotización complementaria que están sujetas a un doble límite temporal (no se puede percibir durante más de 20 años) y económico (no puede exceder del 50 % de la cotización normal, que cabe sustituir por un pago único a tanto alzado). Un dato diferenciador con respecto a nuestro recargo es la posibilidad de aseguramiento tanto por la falta inexcusable del empresario como de sus encargados.

La reparación tasada que rige en el sistema francés se concreta en las prestaciones de Seguridad Social, que encuentra el antecedente en la ley de Accidentes del Trabajo de 9 de abril de 1898 y que agrupa diversos componentes en una sola indemnización. El importe queda vinculado al tipo de cotización que varía en razón al número de accidentes y enfermedades profesionales acaecidos en la empresa, con aplicación de un mecanismo corrector de solidaridad sectorial que genera tres tipos de tarificación según sector y tamaño de la misma. Quedan establecidos con periodicidad anual y en consideración a las variantes de las que se da publicidad mediante un cuadro estadístico que elaboran los organismos administrativos, permitiendo detectar los niveles de seguridad para ajustar las cotizaciones e incentivar así la prevención mediante descuentos, anticipos, subvenciones y otras medidas suplementarias en casos de riesgo excepcional o que supongan infracción reglamentaria manifiesta y constatada por la Inspección de Trabajo.

¹¹⁶ También se rompe la regla general de la indemnización tasada cuando existe falta intencional y la víctima se ve obligada a exigir la reparación del daño más allá de la cobertura que proporciona la Seguridad Social; o cuando del daño se produce por un tercero ajeno a la empresa o tiene lugar en accidente de circulación que implica a un vehículo conducido por el empresario, un encargado u otra persona perteneciente a la misma empresa que la víctima.

El Derecho Francés conserva celosamente el principio de inmunidad desde que fuera instaurado por ley de 1898 que venía a imponer como única vía resarcitoria la establecida en el ámbito laboral. El actual Código de Seguridad Social sigue impidiendo accionar en procedimiento separado distinto del social, a salvo de los terceros responsables que no fueran el empresario o los encargados. Estas líneas se han ido difuminando con el paso del tiempo y así la casuística y la actividad de los tribunales ha impuesto la extensión de responsabilidad a supuestos de *accidentes in itinere* cuando sobreviene uno de circulación y en el mismo está implicado el empleador, su encargado o una tercera persona vinculada al primero, permitiendo en este caso reclamar además de las prestaciones sociales una indemnización complementaria. El concepto de *falta inexcusable* conecta con el principio del deber de seguridad general, prácticamente ilimitado, que vimos en el capítulo correspondiente al estudiar el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Hace sin duda referencia a una gravedad manifiesta y comporta una indemnización suplementaria, en el doble papel preventivo y represivo al tiempo. Pero la mejora de la prestación surge no capitalizando importe alguno sino detrayéndola de una cotización suplementaria a la que resulta obligado el empresario infractor. Es importante advertir que en el sistema de responsabilidad francés, contrariamente a lo que sucede con nuestro recargo de prestaciones, la Tesorería sí es garante del empresario de las consecuencias derivadas de las contingencias profesionales. Tampoco en el país vecino está garantizada la reparación integral del daño, pues ambas vías son alternativas y solo podrá acudir al procedimiento civil en supuestos muy concretos y cuando el resarcimiento no se haya obtenido por el cauce social.

Tampoco existe en el **sistema legal italiano** un instrumento parecido al nuestro recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad. Rige en materia de prevención de riesgos el *principio de razonabilidad* conforma al cual en la organización del trabajo *no cabe excederse de ciertos límites razonables dictados por la naturaleza y por la calidad del trabajo a llevar a cabo*, en palabras del Tribunal de Casación. De ahí que la doctrina hable de la diligencia cualificada como canon de valoración en los incumplimientos empresariales de la normativa de prevención de riesgos laborales. Como en España se distinguen las responsabilidades contractual y extra-contractual, siendo comunes los criterios en orden a la valoración del daño que se efectúa con base a unas tablas elaboradas por la Seguridad Social y que toman en consideración los grados de incapacidad y los antecedentes judiciales en la materia¹¹⁷. El Seguro -obligatorio para todos los empresarios con trabajadores propios o subcontratados en las actividades que la ley italiana define como peligrosas- garantiza la protección de los trabajadores de los accidentes y enfermedades laborales a los que están expuestos. Esta tutela, que se lleva a cabo

¹¹⁷ El Instituto Nacional para la Prevención de los Accidentes en el Trabajo es la única entidad capaz de operar en todos los ámbitos de la protección de la salud en el lugar de trabajo, proporcionando seguros e indemnización, prevención e investigación científica, y prestando curas, rehabilitación así como la reinserción de los trabajadores lesionados y servicios relacionados.

mediante el llamado *principio automático de las prestaciones*, también se presta si el empleador no ha pagado regularmente el seguro, eximiéndole en este caso de toda responsabilidad derivada de los daños sufridos por sus empleados excepto en los casos en que se hayan cometido delitos de violación de las normas de prevención.

El Derecho italiano no contempla con carácter autónomo la responsabilidad civil del empresario, teniendo en el artículo 2087 del Código Civil la norma que obliga a éste a la adopción de las medidas necesarias para impedir los accidentes y riesgos laborales. Sin embargo, cabe la exigencia de la misma en el caso de producirse vinculada a hechos constitutivos de delito contra la seguridad en el trabajo, incluso en los casos en que deba responder indirectamente por actos imputables a sus trabajadores en base a la culpa *in vigilando*, mostrando en este punto una solución similar a la que proporciona el artículo 1902 de nuestro Código Civil.

Por otra parte, la **Ley General de Seguridad Social alemana** permite el aseguramiento de los accidentes mediante las Mutuas de Accidentes de Trabajo que tienen un gran protagonismo en materia de prevención y en las mejoras de las condiciones de trabajo consideradas como peligrosas. Al trabajador también se le protege destacadamente en el ámbito civil y no existe un específico delito contra la seguridad de los trabajadores; aquí, se imponen los tipos de resultado contra la integridad corporal en caso de producirse la muerte o lesiones. En cuanto al procedimiento administrativo sancionador se imponen multas coercitivas y obligaciones de hacer que incluye la obligatoriedad de cumplimentar la medida con abono de su coste. Siempre a través de la Mutua se garantiza la prestación o indemnización al trabajador accidentado al margen de las causas o culpas concurrentes en el evento, respondiendo exclusivamente el empresario si el mismo tiene origen en una actuación dolosa o media accidente *in itinere*. El marco de protección público es tan eficaz que se excluyen las acciones de reclamación frente a las responsabilidades contractuales y delictivas del empresario, que solo responde cuando el accidente se haya producido de forma intencional y culpable o con negligencia grave. El recargo de prestaciones es figura desconocida en el Derecho Alemán.

En el **Reino Unido** la legislación en materia de seguridad y salud laborales se centra en la prevención más que en la reparación de las consecuencias dañosas, aunque la responsabilidad del empresario cabe llevarla también al ámbito civil en que concurra culpa o negligencia, cubierta en este caso por seguros obligatorios para los supuestos de accidente o enfermedad profesional, donde juega un papel importante de cara a la cuantía de la prima el índice de siniestralidad que la empresa presente. En **Estados Unidos** existe una amplia tradición sobre compensaciones que cubren los riesgos del trabajo limitando objetivamente la cuantía que ha de abonar el empresario al tiempo que se elimina por completo la responsabilidad del trabajador. Se regula en una ley federal sin perjuicio de su desarrollo por cada uno de los Estados. La casuística es variada y se está a la resolución particularizada del caso concreto, propia del Derecho

anglosajón en que la responsabilidad civil cumple una función preventiva a través de la figura de los *punitive damages*¹¹⁸. Es esta confluencia de sanción y resarcimiento a la vez lo que aproxima la figura de nuestro estudio al instituto jurídico de referencia. Porque sin duda en el origen histórico del recargo se encuentra esa idea que hasta el momento se conserva de combinar el incremento del daño con la inmunidad del empresario para sofocar un conflicto abierto, transido por medio de un pacto entre ambos¹¹⁹.

Por ello un rasgo diferenciador consiste en el origen del recargo conectado a la sanción administrativa, al margen de la relación particular de empresario y trabajador. Otro aspecto importante viene determinado por el contraste entre la indemnización que resarce y el aumento que se incorpora vinculado no al daño efectivo sino a la gravedad de la falta, queriéndose ver en este parámetro un reproche punitivo al infractor. Este factor es importante porque la disuasión que pretenden los *punitive damages* se consigue a través de la sobre-indemnización¹²⁰, que frecuentemente superan en mucho el valor del daño y que han sido objeto de ponderación por el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos mediante la imposición de límites en función de criterios razonables como la proporcionalidad o los antecedentes. Es justamente ese alcance ejemplarizante lo que une el recargo de esta particular instrumento; la perspectiva no se sitúa en el plano de la víctima sino del infractor y no se trata de compensar el valor del daño estricto sino de exagerar la reparación para disuadir de la comisión del acto ilícito. Es cierto que en la figura anglosajona no existe intervención pública, salvo para su determinación mediante el procedimiento con jurado. Se exige dolo y culpa, esto es, intención de producir el daño, lo que le separa del recargo donde hemos visto que la responsabilidad está teñida de objetividad. Y también sucede que el recargo propiamente no tiene un objetivo tan abiertamente sancionador o disuasorio al proyectarse como un incremento de la prestación de Seguridad Social. La prueba definitiva de que ambas figuras no son equiparables viene dada por el hecho de que el recargo no comporta sobre-indemnización alguna, sino solo un mero alargamiento de la prestación al margen de la sanción que corresponda por la concreta infracción que se cometa. Además, ni el procedimiento de imposición de una y otra figura (público/privado) ni sus cuantías, tasado en el recargo y libre en los *punitive damages*, favorecen las semejanzas entre los instrumentos español y norteamericano sometidos a comparación.

¹¹⁸ Los llamados *daños punitivos* tienen como objetivo central, además de castigar, disuadir a otros con el ejemplo, alcanzando así un incremento del *quantum* indemnizatorio. Sobre este particular véase el estudio de FERNÁNDEZ GREGORACI, B., *Recargo de las prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de punitive damages*. ADC, tomo LXI, 2008. fasc. I, p. 133.

¹¹⁹ Pensamos que esa resolución privada sujeta al Derecho Civil se rompe cuando la Administración toma partido en la prevención del accidente de trabajo sacando la cuestión del contrato de trabajo en sentido estricto para proyectarlo y regularlo como una cuestión de marcado acento social.

¹²⁰ Vid. SALVADOR CODERCH, P., *Punitive damages*, InDret nº 1, 2000.

En suma, comparando los distintos sistemas de responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral podemos concluir que todos propugnan un mismo objetivo por medio de distintos caminos que no terminan de confluir en una normativa común que de forma eficaz y a un tiempo venga a cumplir las funciones de prevenir el riesgo, sancionar la infracción y reparar el daño causado por el accidente¹²¹. Las semejanzas en el propósito se presentan como una mera declaración de intenciones y deben imponerse a las divergencias que revelan en orden a las tácticas sustantivas y de procedimiento entre unos y otros sistemas, que como vemos se concretan en la preferencia de las vías penales o administrativas frente a las de corte civil, la instauración de medidas disuasorias sobre cotizaciones o índices de siniestralidad o sencillamente reforzando los mecanismos de aseguramiento, ya públicos ya privados, en la prevención y resarcimiento del accidente laboral y la enfermedad profesional.

¹²¹ En Portugal junto a la responsabilidad penal y administrativa, las disposiciones generales que regulan la seguridad en el ámbito laboral se encuentran en el Código del Trabajo aprobado por ley 7/2009, de 12 de febrero (con once modificaciones hasta el pasado 23 de agosto de 2016), que viene a volcar en el empresario la carga de prevenir los riesgos laborales, siendo a destacar que en todo caso es la jurisdicción social la competente en materia de responsabilidad administrativa por las infracciones y sanciones impuestas. La normativa es muy dispersa y como en España el sistema adolece de excesiva complejidad con intervención simultánea de órdenes jurisdiccionales ante un mismo accidente de trabajo y considerable limitación y reducción de los daños resarcibles.

Capítulo II

LA NATURALEZA COMPLEJA DEL RECARGO

1.- El riesgo profesional como presupuesto

- 1.1 El deber de protección del empresario.
- 1.2 El derecho a la protección eficaz de los trabajadores.

2.- Los defectos de su aplicación.

- 2.1 El difícil equilibrio de funciones.
- 2.2 El objetivo de la reparación y sus desviaciones.

3.- Ordenación de planos y dinámica.

- 3.1 Infracción única y diversidad de efectos.
- 3.2 Compatibilidad de indemnizaciones.

4.- Concurrencia de órdenes jurisdiccionales.

- 4.1 Las distintas vertientes procedimentales.
- 4.2 Conflictos de competencia.
- 4.3. Primacía y exclusividad del orden social.

CAPÍTULO II

LA NATURALEZA COMPLEJA DEL RECARGO

1.- EL RIESGO PROFESIONAL COMO PRESUPUESTO.

En el ámbito estrictamente contractual el empresario viene obligado no solo a reparar el daño causado al trabajador a consecuencia del accidente o la enfermedad profesional sino a prevenir dichas contingencias mediante su aseguramiento obligatorio¹²². Admitido que el recargo encuentra cobertura legal en el concreto deber de seguridad del empresario, su naturaleza debe afrontarse desde una perspectiva de conjunto que integre tanto la eventual sanción a éste por incumplimiento como la prestación de Seguridad Social que pueda derivarse¹²³.

1.1. El deber de protección del empresario.

En base a estos postulados, en su producción no se requiere culpa del empresario porque la idea de riesgo profesional se entiende vinculada a la actividad misma, siendo que la obligación de reparar se muestra independiente de todo factor intencional y encuentra fundamento en criterios abstractos y principios generales asociados al deber de protección que directamente conectan con los derechos fundamentales a la salud, la vida y la integridad física y moral.

Así, entre los presupuestos y requisitos del recargo destaca con carácter básico la omisión del deber de seguridad del empresario que, entendido en términos genéricos, evita toda concreción en la tipificación de conductas. La severidad de este planteamiento pudiera en la práctica conducir a una condena segura del empresario porque, en cuanto garante de la seguridad integral del trabajador, le corresponde

¹²² Se ha querido ver en la figura del recargo una variedad de lo que en Derecho Anglosajón se conoce por *daños punitivos* cuyos objetivos son: *castigar, enseñar al agente del daño que no debe cometer de nuevo la conducta que ha causado el daño y disuadir a otros con el ejemplo*, alcanzando de este modo una justa reparación del daño desde el punto de vista del agente productor lo que implica un incremento del *quantum* indemnizatorio. Así lo entiende FERNÁNDEZ GREGORACI, B., *Recargo de las prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de punitive damages*. ADC, tomo LXI, 2008. fasc. I, p. 133.

¹²³ Tal aseveración conduce a la conclusión de que estamos en presencia de una norma de *textura abierta*, mediante el uso del “*standar de due care*”, es decir, de debido cuidado razonable, que trata de asegurar que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial ante una inmensa variedad de combinaciones de circunstancias posibles. MONEREO PEREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una institución tradicional*. Estudios de Derecho Laboral. Editorial Civitas, Madrid 1992 (p.21).

adoptar todas las medidas a su alcance que impidan el accidente laboral. Sin duda se trata de un deber amplio que descansa en el también abstracto deber de cuidado y que debe vincularse a un resultado dañoso, empleando en ello un criterio de moderación que necesariamente se impone al tiempo de establecerse una valoración de existencia del nexo causal. En este contexto, sin duda nos movemos en el territorio de la culpa extracontractual y en línea con *las soluciones cuasi objetivas iniciadas a partir de la STS de 10 de julio 1943 sobre inversión de la carga probatoria*¹²⁴.

El aspecto preventivo sin embargo tiene su fundamento en el artículo 40.2 de la Constitución Española que obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo en los términos que las disposiciones estatales o convencionales dispongan. Sin embargo se reprocha a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que no haya otorgado al recargo el papel decisivo que le correspondía en la prevención del accidente de trabajo, cuya alarmante estadística es manifiesto que no puede frenarse por intensa que sea la voluntad legal de evitar su producción o reducir sus consecuencias¹²⁵. Como decimos, no se constata en la práctica una apreciable eficacia preventiva ni del recargo ni del referido marco normativo básico; luego algo falla. Quizá en buena medida sea debido a lo que ha venido en llamarse *flexibilidad laboral indirecta*, expresión que puede conectarse sin duda a un determinado grado de ineficacia social y estructural de la norma y que podría traducirse como la incorporación al sistema de una suerte de *sanciones positivas, a modo de técnicas primarias de orden preventivo que incentiven el cumplimiento por el empleador de sus obligaciones*¹²⁶. Sin duda este conjunto de técnicas depende en buena medida de la tarea de la Inspección de Trabajo, tanto para vigilar como para prestar la debida asistencia técnica, lo que de nuevo nos sitúa ante el drama de la siniestralidad laboral (y de sus insoportables índices) como barómetro del fracaso. Y entre las funciones del órgano inspector se encuentra la elaboración de propuestas de recargo de prestaciones económicas por accidente y enfermedad profesional en caso de incumplimiento por parte del empresario de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo¹²⁷.

¹²⁴ La cita se contiene en la STS 1 octubre 1998 (RJ 1988/7556) que matiza además que *la obligación de resarcir no se basa(...) de modo exclusivo, en la objetivación de la responsabilidad y en la doctrina del riesgo*.

¹²⁵ Esta línea doctrina entiende que el papel que ha jugado la figura ha sido el de verdadero *convitado de piedra* en el marco de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), *que no ha movido un solo dispositivo de su aparato normativo para adaptarse, ni en la forma ni en el fondo, a los nuevos principios que inspiran la dinámica protectora de los poderes públicos en la materia en cuestión*. MONREAL BRINGSVAERD, E., *Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas*. Actualidad Laboral número 3, Editorial La Ley 718/2011.

¹²⁶ PURCALLA BONILLA, M.A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*. Editorial Comares, Granada 2000.

¹²⁷ En la nueva ley ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo, 23/2015 de 21 de julio se mantiene dicha función en el artículo 27 apartado 9: *Instar del órgano administrativo competente la*

Aun siendo aleatorio el número de accidentes, el porcentaje de recargos se muestra constante con ligeras modificaciones; así en el periodo 2010-2013 es curioso advertir que su número se viene manteniendo en torno a un tercio de los investigados por la Inspección en ese tiempo que tienen incumplimiento en la prevención de riesgos laborales¹²⁸.

No cabe duda de que los indicadores de incumplimiento a la normativa en materia de prevención se ajustan a la realidad del mercado de trabajo manteniendo una lógica coherencia con la situación de menor población laboral ocupada¹²⁹. De los datos referidos a las enfermedades profesionales investigadas por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en el periodo 2009-2013 puede extraerse como conclusiones un ligera tendencia a la disminución en el número de infracciones así como en el número de propuestas de recargo que se mantiene en torno al sesenta por ciento. En este punto es significativo advertir que entre los agentes específicos productores de enfermedad profesional el amianto se sitúa en cabeza con 27 propuestas seguido de las causadas por el ruido con 23 y el manejo de cargas con 19; después a gran distancia, encontramos las producidas por agentes biológicos y campos electromagnéticos con 5 cada uno, para cerrar la lista las enfermedades con causa en los agentes cancerígenos que solo figuran con un caso, producto con alta seguridad del esfuerzo preventivo llevado a cabo por las empresas y del propio sistema sanitario.

En el análisis de la actuación inspectora es importante reseñar que la investigación de accidentes de trabajo se viene a concentrar en los accidentes laborales mortales o calificados de graves o muy graves¹³⁰. Y también que un dato sobresalga por representar una muestra palpable del estado de salud en que se encuentra la prevención de riesgos en nuestro país: de cada mil accidentes investigados por la

declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad y salud laboral.

¹²⁸ Los datos estadísticos que se ofrecen se corresponden con los reflejados en los distintos informes anuales publicados por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

¹²⁹ En el total de accidentes investigados, 8.968, se formularon 2.686 propuestas de recargo en prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad lo que permite establecer una relación directa entre su producción y la infracción de los empresarios. Durante el año 2013 se investigaron un total de 747 enfermedades profesionales. A resultas de ello, se apreció la comisión de 55 infracciones, formulándose 144 requerimientos así como 95 propuestas de recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social.

¹³⁰ En el periodo de referencia antes reseñado se ha producido un importante y continuo descenso de la siniestralidad laboral en España, tanto en el número total de accidentes de trabajo, como en el porcentaje de los accidentes de trabajo con baja en jornada de trabajo que ha disminuido un 34,52% en 2013 respecto de 2009. En los accidentes de trabajo mortales el descenso ha sido del 29,27% sobre 2009. Esta disminución se produce y es coincidente con el periodo 2009-2013 en el que se consolida la situación de crisis financiera y económica y una fuerte caída del empleo.

Inspección ni siquiera un tercio genera propuestas de recargo, llamando la atención la diferente distribución de las mismas entre las Comunidades Autónomas, hecho éste que viene a confirmar un alto nivel de aleatoriedad de las actuaciones y el influjo de otros factores de carácter político, intencional o indeterminado¹³¹.

De otra parte el informe sobre el estado de la seguridad y salud laboral en España para 2013 del Instituto Nacional de Seguridad de Higiene en el Trabajo arroja datos de interés en cuanto a la actividad desplegada por la actuación inspectora en materia de prevención de riesgos laborales, si bien se debe precisar que no necesariamente se trata de infracciones respecto de las que se pueda establecer una vinculación directa con el accidente, aunque sí se trata, desde luego, de infracciones en materia de seguridad y salud laboral¹³². De las mismas, se han formulado propuestas de recargo con incremento de prestaciones económicas de Seguridad Social en una tercera parte aproximadamente, por considerar que se produjeron por falta de medidas de seguridad, y en este caso tal cifra sí puede tomarse en consideración para extraer conclusiones respecto del número de accidentes en los que hay una relación directa entre su producción y la infracción de los empresarios¹³³.

1.2. El derecho a la protección eficaz de los trabajadores.

La legislación europea ha venido proporcionando las pautas de nuestra legislación interna, aunque sea con notable retraso: así la Carta Social de 1961 se ratifica por España en 1980 e impone el deber de promulgar reglamentos de seguridad tras proclamar el derecho a la seguridad e higiene de todos los trabajadores. En este incipiente marco normativo, un punto de inflexión lo constituye el Decreto 3250/1962 de 6 de diciembre que, modificando los artículos 55 y 196 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, extiende el alcance del concepto *seguridad e higiene en el trabajo* para incorporar al mismo *cualquier medio de prevención, aún no contemplado en los reglamentos, procediendo ante las situaciones tan gravemente antisociales como lo son las referentes a la seguridad en el trabajo* a un incremento

¹³¹ Así Cataluña se sitúa al frente como la más afectada con más de un 28% en tanto que Madrid, con población laboral y actividad económica equiparable, no llega al 7%, muy por detrás de Andalucía (con 14%) y al mismo nivel que la Comunidad Valenciana.

¹³² Como resultado de la investigación de accidentes de trabajo, en el total de los 8.968 investigados (8.745 accidentes con baja durante la jornada de trabajo y 223 *in itinere*), se han detectado 2.692 infracciones en Prevención de Riesgos Laborales, ascendiendo el importe de las sanciones propuestas a 12.511.556 euros.

¹³³ Respecto de las actuaciones relacionadas con los agentes que producen enfermedades profesionales y los resultados de su investigación, durante el año 2013 se investigaron un total de 747 enfermedades profesionales. A resultas de ello, se apreció la comisión de 55 infracciones, ascendiendo el importe total de las sanciones propuestas como consecuencia de las mismas a 320.574 euros. Del mismo modo, se formularon 144 requerimientos así como 95 propuestas de recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social.

de las sanciones por incumplimiento de una normativa que se va abriendo paso a la vista de *las situaciones intolerables e innecesarias de riesgo*.

El afianzamiento del concepto en extensión e intensidad se ve reforzado con el tiempo y pasa al artículo 93 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 tras su incorporación al 147 del Decreto 907/1966, de 21 de abril (que aprueba el Texto Articulado de la LSS), 15 de la ley 24/1972, de 21 junio, sobre financiación y perfeccionamiento, y 24 del Decreto 1646/1972, de 22 junio. Crece así el marco aplicativo del recargo de prestaciones y, como en el capítulo anterior vimos, se implanta el baremo oscilante del 30 al 50% en la cuantificación del recargo en el primero de los preceptos citados¹³⁴.

En el precedente entramado legislativo queda atrapada la figura del recargo. A decir sonoro y expresivo de la doctrina, nos situamos en una verdadera *jungla satelizada y acumulada en cascada* como corolario de una larga evolución histórica que conforma un marco legislativo extenso y diseminado en múltiples normas fruto de una dislocada sistemática en torno al cual se terminan por nuclear los cimientos estructurales del recargo¹³⁵. Si bien es cierto que en su articulación y aspecto final ha intervenido con esmero la legislación internacional que por su vocación de universalidad ha sido capaz de fijar unas líneas maestras bien sujetas al núcleo duro del concepto: así el Convenio 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981, exige a los empleadores seguridad en los lugares, maquinaria y procesos productivos, eliminado todo riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores e imponiendo el deber de colaboración entre empresas que desarrollen actividades simultáneas en un mismo ámbito de trabajo.

¹³⁴ La última escala del *iter* legislativo lo constituye el artículo 164 del nuevo texto refundido de Seguridad Social, de 30 de octubre de 2015, que entrará en vigor el 2 de enero de 2016, y que reproduce el 123 de la LGSS de 1994 y su grupo normativo, que en esencia mantiene el precedente, constituido por el RD 1637/1995, el Reglamento General de Recaudación, 9.5, 89 y 96, la Orden 22.2.96, que lo desarrolla, 97; el RD 1300/1995, 21 julio, sobre incapacidades laborales y OM 18.1.1966; la Orden 15.4.1969, 51 y 52, sobre prestaciones de invalidez; el RD 2064/1995 de 22 diciembre, 78 y 83, Reglamento General de Cotización y finalmente la LISOS 1988, 41, sobre normas jurídico-técnicas.

¹³⁵ Sobre la necesidad de buscar salidas al entramado legislativo y ordenar respuestas, es bien expresivo el siguiente texto: *No se pretende hacer un espurio quehacer doctrinario que coloque nuevos collares a los canes de siempre, ni mucho menos, una frenética lucha contra los molinos de viento, producto de la trastornada y desbocada imaginación de un caballero andante. Sencillamente se ha pretendido dar cumplida cuenta de esa responsabilidad académica de tejer lo que la realidad social y los cambios normativos se encargan de destejer y desordenar. O como diría el profesor Alejandro Nieto, se trata de reconducir mediante los cabestros de la hermenéutica ese toro bravo del recargo de prestaciones*. PURCALLA BONILLA, M. A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*. Editorial Comares, Granada 2000.

En suma, el marco legislativo internacional y europeo, del que es muestra la Directiva Marco del Consejo 89/391/CEE, de 12 junio 1989 (DOCE de 29 de junio de 1989), desemboca en el Estatuto de los Trabajadores que en su artículo 4.2 d) consagra el derecho a la integridad física como derecho básico, vinculado directamente a su extensión en términos de una adecuada política de prevención y salud laborales para finalmente desembocar en la piedra angular que constituye el artículo 19 del texto legal. En el frontispicio de la estructura así levantada destaca *el derecho del trabajador, en la prestación de sus servicios, a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene*¹³⁶, que la ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, desarrolla y concreta.

La sinergia de esta normativa determina una respuesta jurídica a las infracciones positivas del deber de seguridad en la producción de un abstracto resultado lesivo en términos de combinación, no de yuxtaposición o agregación, lo cual no debe significar confusión de instituciones distintas sino la existencia de medios complejos de reacción del ordenamiento jurídico ante determinados actos ilícitos. Son, pues, normas de marcada vocación sancionadora que sirven a la vez a una dualidad de fines en el contexto del súbito accidente de trabajo y el lento desarrollo de la enfermedad profesional, de represión-prevención y sin duda de reparación en forma de indemnización agregada a la prestación económica ordinaria de Seguridad Social¹³⁷, en que se constituye el recargo: de naturaleza heterogénea, que encierra una singularidad propia marcada por su adaptación al medio y elegir el papel que mejor se adapta a su intérprete y a los intereses (cambiantes) en juego.

De esta (dis)función que observamos no dejaremos de hablar en los capítulos que siguen.

2.- LOS DEFECTOS DE SU APLICACIÓN.

La controvertida naturaleza del recargo no encaja bien en un esquema legal reglamentado. Sus dos componentes más opuestos, el represivo y el reparador, no siempre coexisten armónicamente siendo habitual que este último con mayor frecuencia se disipe, desaparezca o bien se subordine al primero.

¹³⁶ STSJ País Vasco 15 abril 1998 (AS 1998/2026).

¹³⁷ De esta idea participa buena parte de la doctrina cuando se afirma que *el entrecruzamiento de lo público y lo privado –expresado ante todo en la naturaleza de los intereses en juego y en el carácter imperativo de las normas de Derecho Social- encuentra una expresión cualificada en las normas técnicas y de ordenación de la materia de seguridad e higiene y salud laboral*. MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una institución tradicional*. Estudios de Derecho Laboral. Editorial Civitas, Madrid 1992 (p.59).

2.1. El difícil equilibrio de funciones.

Por muchas que sean las perspectivas desde las que observar la figura en estudio debemos tener muy presente que sobre su finalidad no cabe fragmentación alguna¹³⁸. Por eso cabe hablar de disfunción, en el sentido de carecer de eficacia en el cumplimiento de su objetivo múltiple: el recargo es una institución pública porque su finalidad es la protección de valores fundamentales como la vida y la integridad física de los trabajadores; y además comporta la indemnización de la víctima o en favor de otros destinatarios legales. Ello guarda una perfecta congruencia con la dimensión colectiva de las normas de ordenación de la seguridad en el trabajo, cuya violación se constituye en el supuesto normativo base de la *sanción compleja* contenida en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, que se constituye en punto de enlace o encuentro entre la política de reparación y la política de prevención de los riesgos profesionales¹³⁹.

Para destacar el predominio de la función sancionadora se ha puesto de relieve el hecho de que el ingreso en materia de pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional siempre se lleva a cabo con independencia de que la totalidad de su importe llegue al causante de la prestación o beneficiario en cumplimiento de su función reparadora: así sucede en los casos de insolvencia del empresario infractor en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) carece de responsabilidad subsidiaria por estar prohibido su aseguramiento conforme al apartado 2 del artículo 123 LGSS. Como acontece en multitud de aspectos estos espejismos interesados no constituyen cuestión pacífica: la imposibilidad de su aseguramiento ha despertado controversia en la doctrina, toda vez el apartado 5 del artículo 15 la LPRL autoriza la posibilidad de concertar seguro en todo lo relativo a la prevención¹⁴⁰.

¹³⁸ *En síntesis, el recargo de prestaciones cumple simultáneamente una función represiva y disuasoria o de refuerzo para el empresario infractor y resarcitoria o reparadora para el trabajador accidentado; olvidar esta doble finalidad y atender solamente a una de ellas es la causa de muchos de los problemas sobre su naturaleza jurídica y otros importantes aspectos.* SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones: puntos críticos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 53 (2004), páginas 395 a 437.

¹³⁹ Ambas vertientes forman parte de la política de seguridad social, aunque con regulaciones y técnicas diferenciadas. Así lo entiende MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una institución tradicional*. Estudios de Derecho Laboral. Editorial Civitas, Madrid 1992 (p.72).

¹⁴⁰ En esta línea, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. son partidarios de entender que el artículo 15.5 LPRL ha derogado en la práctica el 123.2 LGSS, en *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid 1996, pág. 118. En el mismo sentido, MOLTÓ GARCÍA, J. I., *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid 1998 (pág. 48).

Sin duda, en la configuración legal del recargo su componente punitivo se ha venido destacando sobre el resto de las propiedades que atesora¹⁴¹. Es desde su propia definición cómo este rasgo queda definitivamente resaltado: la expresión *según la gravedad de la falta* conecta directamente con el porcentaje a aplicar y éste a su vez nos lleva a la esencia misma del concepto. Con seguridad estamos ante un aumento de prestación pero el legislador no oculta su gen sancionador bajo el manto de la reparación. Por eso la determinación de su importe -entre el 30 y el 50 % de la prestación básica según la gravedad de la falta- también ha venido planteando dificultades de aplicación al tomar como referencia no el daño causado a la víctima sino únicamente el grado y entidad de la infracción misma, circunstancia que en última instancia permite su reconsideración por vía de recurso de suplicación cuando no guarda la debida proporcionalidad con la falta cometida.

La conjunción de tan variados aspectos en su constitución y dinámica, los distintos matices que incesantemente se incorporan a su configuración y, en definitiva, toda la complejidad de la problemática que apareja, permiten hablar de un *sistema unitario de respuesta normativa* derivado de la mezcla de sus componentes y que puede entenderse, en el contexto de esa específica técnica de organización social que es el Derecho, como función y medida indivisible de control social¹⁴². Conforme a esta línea de pensamiento, el empleador se muestra como el sujeto pasivo del poder sancionador de la Administración y el recargo como una obligación pecuniaria cuyo cumplimiento no exige un hacer personalísimo del mismo. La norma prescribe una responsabilidad patrimonial derivada del ilícito laboral-administrativo que se constituye en una medida *sancionatoria* y compleja de naturaleza administrativo-laboral, siendo su motivación esencial la existencia de un componente indemnizatorio, aunque no se trata de una pura indemnización de naturaleza jurídico-privada, sino de una responsabilidad anudada a la infracción de Derecho público. En suma, el accidentado recibe una prestación (con todos sus caracteres propios al resto de prestaciones de Seguridad Social), deviniendo el empresario en responsable de su financiación¹⁴³.

¹⁴¹ La STC 21/2011, de 14 de marzo remarca la naturaleza sancionadora citando sus propios antecedentes y, en particular, la STC 158/1985, de 26 de noviembre (RTC 1985/158): *Hay que advertir, para apreciar debidamente esos hechos, que no se trata, como a veces ocurre, de que las dos jurisdicciones implicadas hayan abordado bajo ópticas distintas la cuestión debatida, como podría ser si la Contencioso-Administrativa se hubiese limitado a declarar la improcedencia de la sanción impuesta en vía administrativa y la laboral a estimar la pertinencia del pago de un recargo en materia de prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Esto no es así, pues el recargo que prevé el art. 93 de la LSS constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretada de manera restrictiva, según una dilatada jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo.*

¹⁴² Esta reflexión toma por fundamento las enseñanzas de Kelsen y Bobbio, que cita MONEREO, *op. cit.* (pp.61 y ss.).

¹⁴³ En esta línea se posiciona MONEREO, *op. cit.*

Dar relevancia a la naturaleza punitiva del recargo supone extraer dos consecuencias de vital importancia práctica, pues de un lado nos obligaría a tratar la figura de modo restrictivo *como cualquier sanción*¹⁴⁴, lo que invariablemente impone tipificar las conductas; y de otro, a moderar el alcance de lo que se ha venido llamando *deuda de seguridad* que obviamente conecta con la responsabilidad extracontractual que en sentido lato cabe imputar *prima facie* al empresario. Sin duda, una paradoja clamorosa de la desbocada, insolente y equívoca figura que venimos examinando. Esta aparente contradicción hace que se vengan alzando voces -incluso en clave de alarma- en contra de su mantenimiento precisamente con el argumento de que la falta de tipicidad conlleva la imposición de recargos en la práctica totalidad de las situaciones, con exclusión de los supuestos de fuerza mayor o negligencia del trabajador¹⁴⁵. Así se ha querido ver en la STC 21/2011 un exponente de este freno a la inercia de su aplicación por la Administración Laboral y tribunales del orden social, pues además de reforzar la preferencia de la declaración de hechos probados por el orden contencioso-administrativo vienen a exigir mayor grado de tipificación en la conducta del empresario infractor.

Contrariamente a lo que sostiene una buena parte de la doctrina no cabe pensar que el recargo sea una mera sanción añadida a una prestación *cuya imputación solo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo*¹⁴⁶, porque aunque en su diseño normativo se haya querido dar preponderancia a tal rasgo el imperativo legal señala en atribuirle cuantos caracteres son propios de las prestaciones de Seguridad Social. Así lo expresa literalmente el artículo 121.1 del texto refundido de 1994 cuando remite al artículo 40 de la misma ley general para fijar nítidamente una serie de cualidades propias de toda prestación social: ni puede ser objeto de retención, cesión, compensación o descuento, su tratamiento tributario se ajusta al establecido para las precepciones propias de la acción protectora de la Seguridad Social y goza de exención en materia de tasas y derechos por informaciones o certificaciones oficiales. Además, ese papel a la vez preventivo y sancionador también lo posee el mecanismo que sobre cotización incorpora el artículo 108.3 LGSS y que reduce el importe con cargo al empresario de las cotizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional premiando a quienes se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención; y por el contrario castigando mediante un aumento de las mismas *en el*

¹⁴⁴ STSJ País Vasco de 15 abril 1998 (AS 1998/2026).

¹⁴⁵ Para algunos autores es causa de alarma *el automatismo con que se viene imponiendo el recargo de prestaciones, incluso en los casos en que, producido el accidente y no habiéndose detectado infracción de norma legal. La consecuencia es que éste resulta procedente en prácticamente todos los casos en que se produce un accidente, con la única excepción de los supuestos de fuerza mayor o de accidente ocurrido por culpa exclusiva de la víctima.* MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Límites constitucionales en el recargo de prestaciones*. Actualidad jurídica Aranzadi 824/2012.

¹⁴⁶ STS (Social) 8 marzo 1993 (RJ 1993/1714).

*caso de empresas que incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo*¹⁴⁷.

Como acabamos de señalar, un territorio todavía por explorar para despejar incógnitas sobre la naturaleza del recargo y fijarlo a tierra explanando su carácter objetivo (al tiempo que incorpora un importante matiz diferenciador) sería el de actuar sobre la contribución empresarial a su coste por medio del instrumento de la cotización, corrigiendo el sistema actualmente en vigor, de tarifa única de primas de actividad, por otro que conectara proporcionalmente la contribución económica al índice de siniestralidad de cada empresa¹⁴⁸. En esta línea apunta el RD 404/2010 que se ocupa de fijar un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que contribuyan a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Sus notables insuficiencias han sido denunciadas por la doctrina¹⁴⁹ al tiempo que se aprecia, junto a su carácter innovador, un cierto reforzamiento al menos en lo tocante a su mera supervivencia como institución jurídica¹⁵⁰.

2.2. El objetivo de la reparación y sus desviaciones.

En el planteamiento de su compleja naturaleza no cabe emular el mimetismo según el cual lo reparador es accesorio de lo punitivo, de igual modo que en la acción penal el resarcimiento civil sigue y es consecuente a la eventual condena. Tal paralelismo, además de simplista, no favorece en absoluto la comprensión del recargo ni desde una perspectiva histórica –conforme en el capítulo anterior hemos señalado- ni desde su proyección de futuro que necesariamente debe comportar su reforma, incluso llegar a su disolución en otros mecanismos ya existentes o su mera extinción, a salvo

¹⁴⁷ Vid., FERNÁNDEZ GREGORACI, B., *Recargo de las prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de punitive damages*, ADC, tomo LXI, 2008 (pág. 133). La autora destaca entre las funciones que tiene respecto del empresario infractor *enseñarle que no debe volver a cometer la conducta que ha causado el daño y disuadir con el ejemplo a otros potenciales agentes -o empresarios- incumplidores*.

¹⁴⁸ OJEDA AVILÉS, A., *Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica*, RR. LL., Tomo II-2000.

¹⁴⁹ IGARTÚA MIRÓ, M. T., *Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios. Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones recientes (RD 337/2010 y RD 404/2010)*, DL, núm. 88, vol. 1, (2010), pág. 117.

¹⁵⁰ Sin embargo, pese a sus insuficiencias, dicho Real Decreto al menos tiene el mérito de ser una normativa pionera en este campo. En todo caso, merece la pena considerar que el preámbulo del RD 404/2010 (LA LEY 6076/2010) hace referencia expresa a que los aspectos sancionadores o punitivos frente al incumplimiento de la normativa preventiva ya están tratados en otras instituciones como la norma del recargo y las sanciones administrativas. MONREAL BRINGSVAERD, E., *Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas*. Actualidad Laboral número 3, Editorial La Ley 718/2011.

del mantenimiento de sus virtudes y propiedades más destacadas¹⁵¹. En este punto conviene subrayar que la mixtura puede perfectamente compatibilizarse sin que por ello la figura pierda fuerza hasta llegar a producir un resultado justo lo contrario, con un notable reforzamiento de sus cualidades. Toda corriente sobre su naturaleza debe ser bienvenida: sin duda las tesis mixtas son un encomiable esfuerzo no solo porque describen el aspecto externo de la figura sino porque trazan *un fotograma en negativo* que finalmente terminan por reconocer los límites de perfiles borrosos que la asedian¹⁵².

No se trata con ello de avivar el interminable debate que, a través de una primitiva dialéctica y en discurso de vaporosa ontología, nos conduzca a espacios de compatibilidad imposibles, sino de acentuar sus virtudes y sus capacidades que sin duda las tiene. Así, el recargo puede al mismo tiempo indemnizar atendiendo la gravedad del incumplimiento y sancionar al responsable sin que se rompa postulado alguno de lógica jurídica, toda vez entre ambos efectos cabe apreciar una diferencia básica si tomamos como elemento de comparación el procedimiento de fijar las cuantías, ya sea en razón al daño causado ya atendiendo a la gravedad de la falta que se comete¹⁵³.

La llamada *sobreprotección* del recargo no es sino un recurso hiperbólico que nace al calor de la fricción entre sus naturalezas puestas en competencia y rivalidad. No tiene prelación un orden sobre otro ni una clase de reparación sobre otra. El único

¹⁵¹ En este sentido es bien expresivo el tono que alcanzan las conclusiones de alguna corriente doctrinal sobre este particular: (...) *se ponga donde se ponga, junto a las indemnizaciones, para cumplir con ellas una función reparadora, o junto a las sanciones, para atender a la misma finalidad preventiva y punitiva, el recargo perturba y descompensa el sistema de responsabilidades previstas legalmente y se manifiesta como una institución difícilmente coordinable con los restantes mecanismos sancionadores y reparadores previstos por la ley.* DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones* en VV.AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.) *Cien años de Seguridad Social*. La Fraternidad-Muprespa, UNED 2000.

¹⁵² En este punto conviene recordar que *el recargo sería una institución que no quebrantaría la prohibición de enriquecimiento injusto, ni la prohibición de non bis in idem (luego no sería una sanción pura), ni comportaría una duplicidad indemnizatoria; se sabría lo que no es y se omitiría lo que es. En este sentido, es significativa la postura adoptada cuando se reflexiona acerca de la compatibilidad entre el recargo del artículo 123 LGSS y la posible responsabilidad civil del empresario, entroncándola con los daños punitivos anglosajones.* SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones: puntos críticos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 53 (2004), páginas 395 a 437.

¹⁵³ *Esta directriz legal —gravedad de la falta— es de corte objetivo, esto es, no tiene nada que ver con la problemática de la culpabilidad empresarial -entendida como relación psicológica de causalidad entre agente y resultado punible- y obliga al operador a cuantificar el recargo utilizando pautas como la peligrosidad de las actividades, el número de trabajadores afectados, la actitud o conducta general seguida por la empresa o las instrucciones impartidas por la misma a sus trabajadores en materia preventiva.* MONREAL BRINGSVAERD, E., *Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas*. Actualidad Laboral número 3. Editorial La Ley 718/2011.

problema reside en el carácter poliédrico de la figura y en la confusión que una desafortunada redacción legal produce: el apartado 3 del artículo 123 LGSS es un vivero de problemas sustantivos y procesales porque la independencia y compatibilidad de responsabilidades *de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción*, es de por sí un exceso semántico y una invitación a una interminable carrera de obstáculos que lejos de satisfacer a la víctima la sume en un mar de complejidades y zozobras con vistas a un horizonte de adversidades, litisconsorcios y dilaciones.

Debemos partir del hecho de que la compatibilidad entre el recargo e indemnización civil está autorizada por la norma, lo que no significa que necesariamente deban acumularse pues se corre un constante riesgo de desequilibrio bien por falta de reparación integral bien por enriquecimiento injusto¹⁵⁴. No debe perderse un criterio-guía: en el origen de esta confluencia de pretensiones y órdenes se encuentra un afán legítimo de reparación *in integrum*, hecho que nos obliga a distinguir las situaciones de incompatibilidad o duplicidad que pueden conllevar el ejercicio simultáneo de distintas acciones resarcitorias. Siguiendo este camino podemos concluir que la articulación entre indemnizaciones, laboral y civil, ha venido fluctuando bien entre la interpretación de los tribunales sobre la base de la independencia o la separación radical que se hace de las mismas, bien integrándolas para su descuento en la consideración final de la íntegra reparación del daño y el objetivo de no enriquecer al accidentado. Así, se ha querido entender en alguna línea de jurisprudencia que con el recargo se agota la posibilidad de toda indemnización contractual, dejando solo abierta la vía de la responsabilidad *aquiliana*¹⁵⁵.

Tal es la amplitud del horizonte resarcitorio que fácilmente puede incurrirse en un enriquecimiento injusto reprobable cuando está carente de causa y generar lo que se viene entendiendo como *ganancia económica exorbitante* por nuestros tribunales, que han tratado de ordenar el caótico panorama de concurrencia de indemnizaciones dando preferencia a unos procedimientos sobre otros, no siempre con acierto:

Existe, por tanto, el óbice dilatorio de litispendencia (artículo 533.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en la medida en que la decisión que pende ante el Juez penal comprende la reparación de todos los daños sufridos

¹⁵⁴ La STSJ Navarra (Sala de lo Civil) de 26 noviembre 1994 (AS 1994/9029) es bien ilustrativa del planteamiento de esta cuestión., concluyendo que pese al carácter punitivo del recargo y no constituir una medida exclusivamente reparadora, *su indiscutible contribución al resarcimiento del daño derivado del accidente laboral justifica su consideración en la fijación del importe de la indemnización por responsabilidad civil. No hacerlo supondría olvidar el principio de indemnidad y podría conducir al señalamiento de una indemnización por encima del daño real y, en definitiva, a la consecución de un lucro sin causa.*

¹⁵⁵ Y ello condicionado a que no se haya obtenido un total resarcimiento con la primera y a que exista relación de causalidad entre el actuar negligente del empresario y el resultado dañoso (STSJ Cataluña 23 enero 1998. AS 777), en MERCADER UGUINA, J. R., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La ley 2001, página 150 y ss.

*por el actor como consecuencia de los hechos aquí juzgados. Solo el sobreseimiento de la causa o la libre absolución del imputado habilitará el ejercicio de acciones civiles de naturaleza indemnizatoria*¹⁵⁶.

La complejidad en esta materia entendemos que posee un componente forzado, toda vez cabría hacer tantas líneas de interpretación como matices pueden incorporarse a la grandes líneas trazadas sobre aspectos concretos de compatibilidad, independencia, condicionamientos en juego, criterio elástico de la íntegra reparación, gravedad de la falta y actitud del trabajador accidentado en la observancia de la regla de seguridad, entre otros muchos factores concurrentes. Por ello cabe pensar que, pese a las diferencias inevitables, las distintas soluciones tienen en común la compatibilidad con la responsabilidad civil del empresario dado el tenor literal del artículo 123.3 LGSS que literalmente establece que *el recargo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción*¹⁵⁷.

Se plantea, en efecto, si el empresario debe asumir una responsabilidad al margen del contrato de trabajo por culpa distinta a la infracción de la normas de prevención. Pero a salvo de supuestos en que ambas imputaciones pueden concurrir (como en algunos casos de accidentes de automóvil mediando culpa empresarial por fallo mecánico o agresión directa, entre otros) el ilícito extracontractual solo será un añadido en el contexto amplio de la reparación íntegra del daño al que, sin duda y ordenadamente, contribuye no solo el sistema público de Seguridad Social sino los demás medios resarcitorios comunes, todo ello de forma coordinada y complementaria. La reparación íntegra se asocia así a la idea de *completo resarcimiento*, pudiendo entenderse que el exceso tiene carácter punitivo, de tal modo que si la suma recibida excede del perjuicio ocasionado el recargo se convierte en sanción aunque tenga su origen en una indemnización civil *porque actúa sobre un daño que jurídicamente está completamente indemnizado*. Así se expresa la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cabe sintetizar en una regla de oro: todas las fórmulas

¹⁵⁶ Argumento que se ve completado por este otro de igual contundencia: *la ganancia económica exorbitante de tal restauración no sería ya indemnización ni resarcimiento, sino enriquecimiento carente de causa y por ello de acción para exigirlo, según el artículo 1275 del Código Civil*. STSJ Asturias 3 julio 1998 (AS 1998/2326).

¹⁵⁷ En cuanto a la compatibilidad e independencia de indemnizaciones posibles es preciso atenerse a las reglas que señala la STS (Sala General) de 10 de diciembre de 1998, en la que se abordan los límites del derecho a la restitución y la posibilidad de ejercicio de distintos tipos de acciones para alcanzar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo. Expresa la citada resolución que *ante la pluralidad de vías procesales para obtener la reparación de tal tipo de daños, son criterios esenciales a respetar: 1) que existe un solo daño a compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse; 2) que, en contra de la literalidad del art. 123.3, tales acciones son compatibles pero no independientes (en el sentido de autónomas) para fijar por separado el importe de la indemnización; y 3) el quantum indemnizatorio ha de ser único, debiendo tenerse en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria aunque las mismas tengan lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos*.

reparadoras *son útiles para atender a la reparación del daño*¹⁵⁸ siendo que cuantos mecanismos de indemnización puedan activarse en el logro de satisfacer una única pretensión resarcitoria resultan todos ellos formas de resolver la misma y deben ser valorados en conjunto.

Sin duda, las situaciones de *sobreindemnización* constituyen *el resultado de una disfuncionalidad del sistema y no una consecuencia querida y pretendida por el ordenamiento*. A veces esto último ocurre de forma deliberada porque la ley así lo ha previsto (en casos con beneficio superior al daño causado)¹⁵⁹; pero en el recargo es claro que los miles de problemas que se dan tienen fundamento en los factores que venimos denunciando: inercia histórica, concurrencia de intérpretes y aunque la música sea del todo aprovechable se observa mucho instrumento desafinado, partituras incompletas y, sobre todo, ausencia de director.

3. - ORDENACIÓN DE PLANOS Y DINÁMICA.

Hemos visto que sobre la naturaleza camaleónica y evolución histórica del recargo se han buscado todos los ángulos y rincones para justificar tanto su vertiente resarcitoria como punitiva, dando la sensación de alzarse en meros ejercicios de doctrina sin proyección real, toda vez la última palabra está reservada a la coyuntura judicial que, tras un largo proceso de disputa¹⁶⁰, termine por desvelar el misterio de esa contradicción y pueda facilitar la salida del laberinto con un resultado satisfactorio...que en pocas ocasiones se logra.

3.1. Infracción única y diversidad de efectos.

Como premisa, se descarta un régimen de doble sanción¹⁶¹ al quedar perfectamente delimitado, primero, el ámbito de la infracción (ya administrativa ya penal) y,

¹⁵⁸ La sentencia del Alto Tribunal de 10 diciembre 1998 (RJ 10501) así lo determina.

¹⁵⁹ Ver DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*. Civitas, Madrid 1999.

¹⁶⁰ En este punto debe tenerse en cuenta el tenor literal del Anteproyecto de LPRL de 20 enero 1992 que disponía en su artículo 46.1 que *en los supuestos en que, como consecuencia de infracciones a la normativa sobre prevención de riesgos laborales se produjesen daños para la salud de los trabajadores de los que se derivasen prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social, además de las sanciones administrativas que correspondan, procederá el pago de una indemnización especial, consistente en un aumento de las referidas prestaciones*. Esta previsión, aunque finalmente no se introdujo en el texto definitivo de 1995, suponía una importante alteración de la naturaleza jurídica de la figura, rompiendo así su tradicional configuración como sanción administrativa especial. SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones: puntos críticos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 53 (2004) páginas 395 a 437.

¹⁶¹ Sin embargo algunos autores reconocen que la complejidad del asunto también requiere un sofisticado sistema de coordinación *a fin de evitar la doble punición en algunos casos y, en otros, la*

después, el efecto de incremento en la prestación de Seguridad Social que se devengue. La diferenciación de planos es importante para analizar la naturaleza del recargo: en la base se encuentra sin duda la infracción del empresario y su gravedad. Pero dicho sustrato no debemos confundirlo con sus consecuencias, esto es, con el mero aumento de la prestación y los efectos derivados. Lamentablemente esa separación de conceptos no ha sido ni está siendo bien entendida y de ahí la complejidad de la figura, agudizada sin duda por el infortunio del legislador en la redacción del texto legal.

Sin duda, se esconde un propósito de *impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente*, como abiertamente reconoce Nuestro Más Alto Tribunal. Pero en ese juego de pesas y medidas no debe únicamente estar presente el factor económico o de gravamen, sino atender otros criterios normativos que pasan por afianzar valores constitucionales como el respeto a la vida y a la integridad física del trabajador. La siguiente cita literal no deja lugar a dudas sobre el amplio régimen de compatibilidad y autonomía del recargo:

(.../...) ese específico plus de responsabilidad, que se carga de forma directa sobre el empresario, prohibiendo su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, se declara independiente y compatible con las responsabilidades de todo otro orden, y en vez de redundar en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social para integrar un posible fondo compensador de accidentes de trabajo, se determina legalmente que sea el accidentado o sus causahabientes, como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial, y dentro de los límites establecidos en función exclusiva a la gravedad de la infracción y no del daño, quienes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias a las que tengan derecho y con independencia del concreto perjuicio realmente sufrido¹⁶².

Es justamente la propia redacción legal la que ha querido situar la prestación en un marco presidido por la relación individual del trabajo, con una fuerte presencia contractual y haciendo recaer la responsabilidad directamente en el empresario infractor, sin que la Seguridad Social juegue papel alguno en el aspecto indemnizatorio. Su intervención queda circunscrita al reconocimiento del recargo y a recibir en la Tesorería la capitalización de su coste para redirigirlo al trabajador beneficiario o sus causahabientes. La Administración de la Seguridad Social no tiene competencia sancionadora alguna, por lo que se limita a reconocer unos hechos cuyo

contradicción entre resoluciones judiciales y/o administrativas. Sin embargo, no existen en nuestro Derecho mecanismos eficaces que permitan evitar los riesgos señalados. MARTÍN JIMÉNEZ, R., Límites constitucionales en el recargo de prestaciones. Actualidad jurídica Aranzadi 824/2012.

¹⁶² STS (Social) 2 octubre 2000 (RJ 2000/9673).

alcance no pueden ser alterados en función del orden jurisdiccional en que se diriman y conforme a los intereses que se sustancien. De ahí las constantes modificaciones que en este aspecto se vienen produciendo para evitar la dispersión y el caos de respuestas en los distintos procedimientos que puedan ventilarse. El apartado 5 del artículo 42 de la LISOS es bien expresivo de este intento de embridar el odioso abanico de contradicciones en que con frecuencia se incurre:

La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social.

A propósito del concurso de responsabilidades y la multitud de matices y tiempos que el recargo plantea (cuestión ésta que directamente enlaza con sus diversas proyecciones y compleja naturaleza) se llega a soluciones inevitablemente insatisfactorias. No estaría de más ordenar este abstracto panorama y fijar nítidamente la frontera entre la compensación y la multa de tal manera que valoradas conjuntamente cuantas circunstancias han originado la infracción, esto es, considerando las resultas el accidente y el daño efectivo, se llegue a fijar por ese macro-concepto una sola indemnización para seguidamente y ya en el estricto campo de la represión, ordenar a su vez el juego de los resarcimientos punitivos diferenciando lo que en este complejo campo debe percibir, de un lado, el accidentado directamente del infractor (al modo de los *punitive damages*) y, de otro, la Administración Pública por multa administrativa por causa del *ius puniendi*¹⁶³.

Finalmente, debe destacarse la dicotomía que se produce en este contexto: de un lado, entre lo público y lo privado, esto es, entre su consideración como deber de la Administración y su encaje en el contrato de trabajo; y de otro, en razón a su versatilidad hasta convertirla en figura mixta. Este retrato ha sido bien fijado por el Tribunal Supremo en sus últimas resoluciones, lo que convierte a nuestro recargo en comodín para todo y traje a la medida multiusos, con atribución de las cualidades más variadas e imaginativas, desde la imagen de goma de mascar por su propiedad elástica y viscosa hasta la capacidad de supervivencia del corcho por la cualidad de mantenerse siempre a flote ante cualquier adversidad¹⁶⁴.

¹⁶³ Para ampliar esta propuesta ver MERCADER UGUINA, J. R., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La ley 2001, página 150 y ss.

¹⁶⁴ Esta doble cara del recargo de prestaciones propicia la ocasión para presentarlo como una institución de naturaleza híbrida, algo con lo que parece estar de acuerdo el Tribunal Supremo cuando recientemente ha manifestado que de la formulación positiva del recargo se obtiene una naturaleza compleja —mixta— que explica satisfactoriamente los distintos aspectos de su régimen jurídico. Así entendido, el recargo constituye una figura con cuerpo de sanción y alma de indemnización que se beneficia de las cualidades del corcho, porque permanece siempre a flote y a salvo de turbulencias. MONREAL BRINGSVAERD, E., *Sobre la naturaleza indemnizatoria del*

3.2. Compatibilidad de indemnizaciones.

Desde el nacimiento mismo de la vigente normativa de Seguridad Social, concretamente desde la extinta Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo de 1971, pasando por el texto refundido del año 1974 hasta llegar a la redacción del apartado 3 del artículo 123 del texto refundido de Seguridad Social (164 en la nueva redacción de 30 de octubre de 2015), la compatibilidad de indemnizaciones ha sido la regla general.

La amplísima concurrencia cabe predicarla no solo entre toda suerte de órdenes jurisdiccionales sino entre las cuantías que por indemnizaciones puedan fijarse siempre que obedezcan a causas y títulos diferentes. Así, el artículo 3.3 LISOS, sobre infracciones y sanciones de orden social, regula la concurrencia con el orden jurisdiccional penal, estableciendo una manifiesta incompatibilidad entre las sanciones penal y administrativa, pero no entre éstas y el recargo por falta de medidas de seguridad que, incluso como clara sanción a cargo exclusivo de la empresa, no posee carácter administrativo y debe considerarse incurso de pleno en el ámbito de la Seguridad Social. Pero como toda regla tiene su excepción y sus matices, como seguidamente exponemos.

Las referidas notas de independencia y compatibilidad son sin duda un vivero de conflictividad y solapamiento entre acciones y opciones procedimentales que se hace preciso ordenar para no incurrir en odiosa sobreprotección; ni tampoco caer en un terreno movedizo repleto de inseguridad jurídica. En definitiva, es cuestión de perspectivas en cuya óptica aparece el principio de *non bis idem* ya sea para fijar fronteras ya para adentrarnos en el terreno pantanoso de la incertidumbre y la controversia jurídicas¹⁶⁵. La aplicación de dicho principio, en efecto, puede conducir al enriquecimiento injusto y a la sobreprotección del trabajador, máxime cuando la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia (marcada por la sentencia 158/1985, de 26 de noviembre) contiene un pronunciamiento que parece orientado no tanto para resolver el espinoso problema de la concurrencia entre indemnizaciones

recargo de prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas. Actualidad Laboral número 3, Editorial La Ley 718/2011.

¹⁶⁵ MERCADER lo expresa con claridad cuando, al tratar sobre *la esencia culpabilística del recargo y su aroma indemnizatorio* y citando a MARTÍNEZ GARRIDO, expresa: *es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores*. MERCADER UGUINA, J. R., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La ley 2001, página 150.

sino sobre todo, conforme señala doctrina autorizada, para proceder a su *disolución*¹⁶⁶.

Según hemos indicado, las fronteras entre cada una de las responsabilidades en concurso han sido a menudo establecidas por la propia ley. Así, se muestra clara la manifiesta incompatibilidad entre las sanciones penal y administrativa que declara el artículo 3 de la LISOS *en los casos en que se aprecie identidad de sujetos, de hecho y de fundamento*. Pero a renglón seguido debe sostenerse con la misma rotundidad que en ningún lugar se ha declarado la exclusión del recargo en ese régimen de convivencia. Todo lo contrario, el recargo es prestación en el ámbito de la ley general pero no constituye sanción en el marco de la LISOS; es decir, no es infracción administrativa del orden social porque está desprovista de tipificación y no figura como sanción ni en esa ley especial ni en ninguna otra. Sí hay faltas que constituyen su soporte directo y del que se nutre; pero como tal, el recargo no es equivalente ni cabe su identificación con infracción alguna. Este sustancial aspecto lo deja muy claro el tenor literal del vigente texto de la Ley Prevención de Riesgos Laborales, al hacer compatibles (en el apartado 3 de su artículo 42) las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con las indemnizaciones que procedan, primero, de los daños y perjuicios causados y, después, del recargo de prestaciones económicas¹⁶⁷.

Sobre este último aspecto es bien expresivo el párrafo que destacamos sobre el difícil papel que los tribunales deben jugar en la búsqueda de encajes que, como vemos, fácilmente pueden mudar de lo complejo a lo inverosímil:

¹⁶⁶ Tal es el efecto que se aprecia en la intervención del intérprete de la Constitución en la sentencia referida porque si bien entiende que deban *descartarse en términos de constitucionalidad que unos mismos hechos hayan existido o no en función del órgano jurisdiccional que conozca de ellos*, y haciendo invocación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque casan mal con la existencia de respuestas judiciales contradictorias, y ello *sin perjuicio de que los respectivos órdenes jurisdiccionales actúen de modo independiente*, termina señalando el mismo Tribunal Constitucional en esta sentencia que *es preciso establecer mecanismos y arbitrar medios que eviten estas contradicciones sobre el mismo hecho, aunque haya sido enjuiciado desde perspectivas distintas*, declaración ésta que si bien aclara las cosas desde una perspectiva de estricto Derecho positivo, no soluciona la problemática entre órdenes jurisdiccionales e incompatibilidad de indemnizaciones. SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones: puntos críticos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 53 (2004) página 42.

¹⁶⁷ La compatibilidad de las sanciones administrativas previstas en el artículo 49 de esta ley con la responsabilidad civil y penal está fuera de toda discusión conforme textualmente dispone el apartado 1 del artículo 42. Al extenderse igualmente en el párrafo 3 al recargo de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social se ha querido destacar por la doctrina el rigor sancionador del precepto que cohonesta con la naturaleza, que también se atribuye al 123 LGSS, de constituir un *precepto sancionador atípico* que relaciona directamente el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene con la normativa reparadora de la Seguridad Social. En este sentido se expresa FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Editorial Dykinson, S.L. Madrid 1996, p. 205.

No cabe duda que de esta manera se crea un régimen de doble sanción cuya adecuación a la Constitución es muy discutible,.../...), puesto que es evidente que, habiendo una sentencia firme que imputa la responsabilidad penal a una persona física, no puede existir por esos mismos hechos una responsabilidad de la empresa. Esto es: o el responsable del accidente es el condenado penal o lo es la empresa, pero ambos a la vez es absurdo¹⁶⁸.

Este tema será objeto de estudio detenido más adelante cuando abordemos el concurso de indemnizaciones en la reparación del daño y los supuestos de incompatibilidad entre las mismas.

4.- CONCURRENCIA DE ÓRDENES JURISDICCIONALES.

La premisa del recargo es la infracción. La relación de causalidad que vincula estos dos elementos nos conduce a la idea de que todo incumplimiento comporta la responsabilidad directa del empresario. Así sucede en el régimen general de las prestaciones en el artículo 126.2 LGSS que viene a fijarla en cuanto al pago de las prestaciones en los casos de falta de afiliación, altas y bajas y de cotización: el incumplimiento de obligaciones anuda la expresada consecuencia resarcitoria. Igual acontece cuando el quebranto se comete respecto de las medidas de seguridad e higiene: dos efectos en dos planos distintos se producen; por un lado se impone un aumento de la prestación misma con cargo al incumplidor de una obligación (123 LGSS); y por otro se desata una infracción que, conforme al artículo 96 del mismo texto legal, debe ventilarse en el ámbito de la ley especial, de infracciones y sanciones del orden social¹⁶⁹.

4.1. Las distintas vertientes procedimentales.

El mismo acto que se imputa al empresario tiene en sí mismo una vertiente administrativa a través del procedimiento sancionador que se incoa por la Inspección de Trabajo en su tarea de velar por el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene, siendo que las sanciones que lleguen a imponerse pueden ser impugnadas ante los órganos jurisdiccionales¹⁷⁰. Si además el acto fuera igualmente constitutivo

¹⁶⁸ Después de tan categórico aserto la sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de 19 noviembre de 1996 (AS 1996/3766) opone: *En cambio, no lo es si concurren responsabilidades penales de una persona física y falta de medidas de seguridad de la empresa, y ésta sería la situación teórica que justificaría el mantenimiento de la compatibilidad legalmente prevista que se está comentando.*

¹⁶⁹ Aprobada por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

¹⁷⁰ El vigente artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Social excluye del conocimiento de los órganos de este orden en la letra b) las cuestiones litigiosas en materia de prevención de riesgos laborales en cuanto a la coordinación y organización de los servicios, siendo que la letra f) la rechaza también en la

de infracción penal, los juzgados y tribunales de este orden jurisdiccional también intervendrían con la posibilidad de imponer las penas correspondientes con declaración de la responsabilidad civil derivada del delito o falta determinados¹⁷¹. En caso de que una infracción empresarial produjese el daño al trabajador incumpliendo las obligaciones contractuales conforme al artículo 1101 y siguientes Código Civil (o interviniendo culpa o negligencia dentro del deber genérico de no dañar a nadie sin alcanzar la dimensión de infracción penal, según expresan su artículo 1902 y siguientes), se activa la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos en concepto de responsabilidad civil, todo ello en el estricto ámbito del Derecho privado.

Conforme a tan elemental planteamiento, se llega a las distintas vertientes que puede presentar una misma conducta infractora¹⁷². Porque al resultado de incremento de la prestación que en el orden jurisdiccional social pueda declararse (artículo 1 de l Ley de la Jurisdicción Social) cabe incorporar otras tantas ópticas desde el resto de las jurisdicciones, según ha quedado expuesto en el párrafo precedente: aspectos sustantivos del procedimiento sancionador siguen ligados al orden contencioso-administrativo¹⁷³, el ángulo penal -de existir- se trata en la jurisdicción penal y, si hubiera daño que reparar, aún cabe acudir al orden civil para determinar la responsabilidad -ya contractual del artículo 1101, ya la genérica del 1902 del mismo texto- que obliga a reparar el daño causado conforme al viejo aforismo en que descansa.

Sin duda alguna la ley de Seguridad Social de 1974 permitía expresamente que el derecho de resarcimiento se pudiese hacer valer ante los órdenes civil o penal conforme al hoy derogado artículo 97.3 *in fine*, proclamando que la prestación podría

impugnación de los actos administrativos relativos a los actos de encuadramiento y recaudación conexos a los anteriores.

¹⁷¹ Vid. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

¹⁷² La STC 21/2011, de 14 de marzo, también alude a la propia doctrina constitucional para acentuar este importante aspecto: *En la antes citada STC 16/2008, de 31 de enero (RTC 2008, 16) F. 2, en un caso también similar dijimos que «ciertamente, las normas aplicadas por uno y otro órganos judiciales no son las mismas, pues, en un caso, el recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo viene regulado en el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) , mientras que, en el otro, las concretas infracciones que se imputaban a la empresa se encontraban tipificadas en los arts. 46.5 y 47.1 de la LPRL, de prevención de riesgos laborales (a la sazón vigentes) .../..., cuyo incumplimiento originaba la comisión de las concretas infracciones por las que fue sancionada la demandante. Sin embargo, el factum, esto es, el presupuesto de aplicación de unos y otros preceptos es el mismo: la existencia de un incumplimiento por parte de la empresa de las normas sobre prevención de riesgos laborales en relación con la máquina que originó el accidente».*

¹⁷³ La reforma procesal operada en la nueva Ley Adjetiva regula en los artículos 151 y siguientes el procedimiento especial de impugnación de actos administrativos, siendo que la letra n) del artículo 2 atrae la competencia del orden social a la impugnación de las resoluciones administrativas dictadas por la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de su potestad sancionadora en materia laboral y sindical.

hacerse efectiva sin perjuicio de aquellas responsabilidades. Sin embargo, en la redacción de la materia dada en el texto refundido de 1994 por el artículo 126 LGSS la invocación a estos órdenes se difumina, manteniendo esa posibilidad de diversificar el resarcimiento mediante una vaga referencia a *la misma vía administrativa o judicial que se hubiere seguido para la efectividad del derecho*, cuando en su apartado 3 trata del anticipo de la prestación y la subrogación de acciones por parte de las entidades gestoras o colaboradoras frente al empresario declarado responsable. Es justamente al regular las especialidades, en el artículo 127 del referido texto, cuando de forma frontal se hace alusión a la *prestación* que haya tenido origen en supuestos de hecho que determine responsabilidad criminal o civil de alguna persona y cuando se establece la plena compatibilidad de indemnizaciones al declararse que en estos casos el trabajador o sus causahabientes podrán exigir las procedentes mediante el ejercicio de acciones, dando por hecho que se formularán ante los correspondientes órdenes jurisdiccionales, aunque literalmente ni los exprese ni determine¹⁷⁴.

Sobre este crucial punto de destino seguimos el camino que nos marca el auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1994, dictado por su Sala de Conflictos de Competencia:

Tradicionalmente, los procesos sobre responsabilidad civil derivada de forma no del todo directa de la relación laboral o de la de aseguramiento social han sido conocidos por los órganos del orden civil de la jurisdicción, tanto por el ámbito de competencia de los Tribunales Sociales limitado históricamente a las materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como por el carácter residual y extensivo del orden civil, hoy concretado en el artículo 9.2 LOPJ que le atribuye todas las materias que no estén asignadas a otro orden jurisdiccional. Al mismo tiempo, los Tribunales de lo Social han ensanchado su área de conocimiento, que abarca todo lo relativo a la rama social del Derecho, como actualmente determina el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y desarrollan los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento.

Con la brújula que su texto nos proporciona, cabe marcar las siguientes escalas en su trayecto:

1ª.- Es obvio que una simple inercia histórica ha venido determinando que la responsabilidad civil nacida de toda suerte de acciones haya sido conocida por los órganos del orden civil de la jurisdicción, estando reservado a los de lo social solo las cuestiones referidas al Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, que con el tiempo han venido ampliándose a cuantas otras afectan a la *rama social del Derecho*, en

¹⁷⁴ Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro* (STS de 15 de enero del 2008, Ponente: Encarnación Roca Trías), Diario La Ley nº 6895, 2008.

expresión amplia que cita el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y los dos primeros de la vigente ley 36/2011, de 8 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

2ª.- Tal extensión ha hecho posible con el paso del tiempo que el conocimiento de los jueces sociales se haya incrementado con la competencia material sobre otros aspectos que bien son mera consecuencia de la acción principal o sencillamente se han ido acumulando por efecto de los derechos sustantivos en juego o por disponerlo de ese modo la disposición legal aplicable¹⁷⁵.

3ª.- Un criterio puramente formal y sistemático ha venido marcando que las indemnizaciones nacidas por culpa extracontractual deben ser fijadas por el orden civil y que las nacidas por razón del contrato de trabajo debían ser examinadas por el orden laboral al debatirse un supuesto de responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

4ª.- Sin embargo una doctrina rupturista y manifiestamente consolidada pasa por apartarse de estas dos categorías separadas, la responsabilidad contractual de un lado y la *aquiliana* de otro, para entender que esta última por su carácter subsidiario y complementario, está presente en todo supuesto en que *el acto causante se presenta como violación únicamente del deber general de no dañar a nadie, con independencia de que haya o no una obligación preexistente*, lo que necesariamente implica acumular ambas permitiendo su plena compatibilidad¹⁷⁶. En este punto la resolución que comentamos sostiene:

¹⁷⁵ De acuerdo con esto, los órganos de lo social han venido conociendo de acciones de responsabilidad civil que exceden de las puras consecuencias legales que previenen las normas sociales, como pueden ser, a título de ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 marzo 1987 (RJ 1987/1398) (daños morales por incumplimiento de contrato); en igual sentido las del Tribunal Central de Trabajo de 10 julio 1979 (RTCT 1979/4856), la del Tribunal Supremo (4.º) de 20 septiembre 1990 (RJ 1990/7031) (sobre indemnización de perjuicios por violación de derechos fundamentales); la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 octubre 1992 (AS 1992/4952) (sobre tutela del derecho al honor de unos trabajadores); las del Tribunal Central de Trabajo de 12 noviembre 1976 (RTCT 1976/5182) y 10 diciembre 1977 (responsabilidad sobre incendio o pérdida de instrumentos musicales de unos trabajadores); las del Tribunal Supremo de 24 abril 1990 (RJ 1990/3486) y 20 abril 1992 (RJ 1992/2662), entre otras muchas (responsabilidad del INSALUD por daños causados en asistencia sanitaria). Por otra parte el artículo 75.3 LPL atribuye competencia al Juez de lo Social para las reclamaciones por perjuicios causados a consecuencia de actos fraudulentos en el proceso laboral que hayan producido un daño, substrayendo a los órganos de lo civil el conocimiento de unos litigios que normalmente les correspondía.

¹⁷⁶ No olvidemos que el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene nace íntimamente unido al derecho de daños propio del ámbito civil como lo demuestran el uso del término *indemnizaciones* y los elementos propios de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, hasta llegar al texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo de 1956 y, definitivamente, a la ley de bases de 1963 *que terminan por romper con la teoría de la compensación de culpas y, en consecuencia con los últimos vestigios de la responsabilidad extracontractual*. MARTÍNEZ LUCAS, J. A., *Los orígenes del recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad*

Sobre esta cuestión se debe entender que la jurisprudencia civil ha superado la clásica distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual que las consideraba como categorías separadas con tratamiento diferenciado y así las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (.../...) sientan el criterio de que la responsabilidad aquiliana de los artículos 1902 a 1910 del Código Civil tiene un carácter subsidiario y complementario de la contractual y que es posible la concurrencia de ambas clases de responsabilidad en yuxtaposición (.../...).

5ª.- Además ya se ha dicho que la responsabilidad derivada del contrato de trabajo es innegable, toda vez la medidas de seguridad forman parte del contenido esencial del contrato de trabajo al tenerlo así establecido el artículo 3 del Estatuto de los trabajadores al contemplar como fuente de la relación laboral, además de la voluntad de las partes, las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, entre las que sin duda se encuentran las atinentes tanto a la salud del trabajador como a la prevención y represión de los riesgos laborales¹⁷⁷.

6ª.- Desde el anclaje constitucional que el artículo 40.2 CE proporciona al imponer a los poderes públicos la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, se alza toda una red de disposiciones que refuerzan o trasladan ese deber ya al empresario ya al resto de agentes sociales, insertándose en el mapa genético del contrato de trabajo:

Las prescripciones de estas normas forman parte esencial del contenido del contrato de trabajo y su observancia viene impuesta por los preceptos antes mencionados, en relación con lo dispuesto en el artículo 1090 del Código Civil sobre las obligaciones derivadas de la Ley, al mismo tiempo que por su incorporación al contrato de trabajo (.../...)

profesional, en VV.AA. *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*. Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales 1997, pp. 155 y 156.

¹⁷⁷ La normativa es amplia según refiere el auto comentado: *desde este enfoque constituye obligación del empresario adoptar las correspondientes medidas de seguridad e higiene en el trabajo, bajo el llamado deber de protección que le corresponde y que se garantiza en el artículo 40.2 CE, teniendo derecho el trabajador a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene según los artículos 4.2,d) y 19.1 ET. Para la efectividad de este derecho el empresario debe cumplir las prescripciones legales sobre esta materia que vienen impuestas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asumido por el Estado Español, el Convenio núm. 155 de la Organización Internacional de Trabajo de 22 junio 1981 la Directiva CEE 1982/501, de 24 julio sobre riesgos de accidentes graves y el artículo 118,A, añadido al Tratado constitutivo de la Comunidad por el Acta Única de 17 febrero 1986 en desarrollo del cual se aprobó la Directiva Marco 1989/391) que versa sobre la obligación empresarial básica de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos laborales y la adopción de las medidas preventivas necesarias para evitar o reducir los posibles riesgos de accidentes laborales. Aparte de estas normas de rango superior, se ha de aplicar lo dispuesto en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 marzo 1971 y en la Ordenanza Laboral de la Construcción de 28 agosto 1970.*

Envueltos sin escapatoria posible en esta tupida red normativa, solo cabe deducir una consecuencia: la competencia del orden social para conocer de cuantas consecuencias se deriven del accidente del trabajo, incluida la responsabilidad por falta de medidas de seguridad que se ventilen por riesgo profesional en toda suerte de procedimientos. Así lo viene a expresar la resolución del Tribunal Supremo que comentamos:

De acuerdo con lo anterior y siguiendo el criterio del Auto de esta Sala de 23 diciembre 1993 en supuesto igual al presente, se debe resolver el conflicto de competencia a favor del Juzgado de lo Social¹⁷⁸.

4.2. Conflictos de competencia.

La postura que mantiene el Tribunal Supremo en relación con la materia objeto de estudio -y en particular con la resolución que acabamos de examinar y de sus antecedentes- nos resulta valiosa porque las reflexiones y argumentos que se manejan vienen a incidir de forma eficaz en la consolidación de la competencia en favor del orden social. Es importante partir de la premisa que seguidamente extractamos por su notable valor preliminar e introductorio del análisis que después realiza:

Atendiendo al relato fáctico indicado es fácil comprender que a los efectos de determinar el orden jurisdiccional competente, nos encontraríamos, como bien apuntó el Juez de Primera Instancia en su sentencia, en una «zona gris», toda vez que concurren razones para atribuir el caso de autos, tanto al orden civil, como al social, y en este sentido existe abundante jurisprudencia en defensa de uno y otro orden jurisdiccional, ya que, en definitiva, aquel caso pudo acontecer a consecuencia de la concurrencia de un factor culposo o negligente, el cual, asimismo, en principio y sin prejuzgar, podría atribuirse al empresario, en razón a las deducciones anteriormente expuestas, y de aquí, que al factor aludido habría que asignarle una naturaleza contractual.

Pero hasta llegar a este planteamiento se hace necesario examinar la resolución que unos meses antes dicta la misma Sala, en diciembre de 1993, y que alimenta el importante criterio que se sostiene en base a identificar con decisión la naturaleza del recargo:

- 1) Dando por hecho la calificación del accidente como laboral y tras considerar la aplicación al supuesto de las disposiciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, sienta que las mismas *son una de las manifestaciones más antiguas del intervencionismo estatal en la autonomía de la voluntad de las partes en la relación de trabajo.*

¹⁷⁸ Auto del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Competencia, de 4 abril de 1994 (RJ 1994/3196).

- 2) El objetivo principal de la normativa en esta materia consiste en *eliminar o reducir los riesgos de los distintos centros o puestos de trabajo, y estimular y desarrollar una actitud positiva y constructiva respecto a la prevención de los accidentes y enfermedades que puedan derivarse de su actividad profesional.*
- 3) Se declara el derecho de los trabajadores *a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, estando el empresario obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en dicha materia a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros.* En ese derecho entiende incluidos los de la promoción y formación profesional, integridad física y el de obtener una adecuada política de seguridad e higiene.

La conclusión a tenor de estos razonamientos solo puede ser favorable al orden jurisdiccional social, que confirma con estas palabras:

Cuantas consideraciones han sido formuladas llevan a concluir que, en el caso concreto de autos, no obstante la «vis atractiva» que caracteriza el orden jurisdiccional civil y las concomitancias que ofrece con los supuestos de culpa extracontractual prevenidos en los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, el órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo es el correspondiente al del orden social¹⁷⁹.

Lo anterior no ha venido impidiendo que a fuerza de reconsiderar nuevos aspectos se llegue a distintas atribuciones según pongamos el acento en una cara u otra del poliedro en que el recargo de prestaciones consiste y que, como figura jurídica de apariencia geométrica, admita en su tratamiento recetas y ámbitos dispares. En una de sus planos, el del reparto de la competencia entre los distintos órdenes jurisdiccionales, una regla podemos advertir: existiendo culpa extracontractual, para la Sala Primera del Tribunal Supremo, no cabe la deducción o compensación del recargo de prestaciones impuesto al empresario por infracción de medidas de seguridad debido a su naturaleza sancionadora, por lo que la competencia civil se impone –aun tratándose de accidente de trabajo– en los supuestos en que junto al empleador se demanda a empresa que no tiene relación laboral con el lesionado¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Auto del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Competencia, de 23 diciembre de 1993 (RJ 1993/10131).

¹⁸⁰ STS (Civil) 23 abril 2009 (RJ 2009/4140): *Con carácter previo a entrar en el fondo del recurso, conviene reseñar que, aunque esta Sala viene manteniendo, a raíz de su Sentencia de Pleno de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 1394, recurso n° 2374/2000) la doctrina según la cual, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social, sin embargo, cuando el lesionado no tiene relación laboral con una de las empresas demandadas, no existiendo, en definitiva, contrato de trabajo entre el actor y la citada empresa, como ocurre en el presente caso, en que el trabajador accidentado realizó los trabajos para la empresa del*

No compartimos esta decisión por las siguientes razones:

Primera.- La jurisdicción no puede atribuirse por el acento que se ponga en uno de los caracteres o aspectos parciales de la cuestión objeto de enjuiciamiento.

Segunda.- Tampoco cabe señalar dicha atribución porque el trabajador no mantenga relación laboral con una de las empresas demandada aunque la tarea se desarrolle en uno de sus centros de trabajo.

Tercera.- Resulta del todo punto forzada la consideración de que la responsabilidad se fragmenta y que, conforme a la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, la competencia deba ser atribuida a ésta por efecto del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Cuarta.- Otro lugar común que requiere matizarse es el siguiente: es cierto que en una sociedad con altos índices de siniestralidad, constituye misión principal del recargo la de evitar los accidentes de trabajo e impulsar coercitivamente que las empresas cumplan con su deuda de seguridad, incrementando significativamente sus responsabilidades; pero no cabe residenciar en este afán todo su potencial marcando todos los rasgos de su compleja naturaleza y derivando la competencia de su conocimiento a un orden que se muestra ajeno a su verdadera cualidad social.

Quinta.- La falacia de la sobreprotección en la reparación *in integrum* se sostiene en una línea de jurisprudencia que entiende incluida en la indemnización civil las prestaciones de la Seguridad Social con el propósito corrector de evitar cualquier clase de exceso, pero de la que debe excluirse el recargo por infracción de las medidas de seguridad¹⁸¹ por primar en el mismo un componente sancionador del que solo debe responder el empresario infractor¹⁸², postura ésta muy alejada tanto de la

lugar del accidente por indicación de la otra empresa codemandada, con la que sí mantenía relación laboral, resulta competente para el conocimiento de la litis esta jurisdicción civil, pues en la citada Sentencia de Pleno se estimó también que, al ser demandadas en el procedimiento personas con las que no se tiene contrato de trabajo, como ocurre con la hoy recurrente "Industrial Química del Nalón, S.A.", debe descartarse la declaración de exceso de jurisdicción y, en virtud de la vis atractiva de la jurisdicción civil establecida en el artículo 9.2 LOPJ, la competencia de dicha jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad, ya que, al no poder dividirse la causa, esta vis atractiva afectará también a los supuestos en que, como es el presente, se demande también a una empresa que mantiene una relación laboral con el trabajador afectado.

¹⁸¹ Esta doctrina culmina con la sentencia de la Sala General de lo Social de 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 2064), que se nutre de las anteriormente dictadas RCU 414/2007, -RCUD. 2085/98-; 02/10/00 (RJ 2000, 9673) -RCUD 2393/99-, de Sala General; 14/02/01 (RJ 2001, 2521) -RCUD 130/00-; 09/10/01 (RJ 2001, 9595) -RCUD 159/01-; 21/02/02 (RJ 2002, 4539) -RCUD 2239/02-; 22/10/02 (RJ 2003, 504) -RCUD 526/02-; 09/02/05 (RJ 2005, 6358) -RCUD 5298/04-; y 01/06/05 (RJ 2005, 9662) -RCUD 1613/04 -.

¹⁸² La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2008 (RJ 2008/4626), recaída en el recurso 1899/2001, recoge que la ley nos indica que se trata de un supuesto sancionador del empresario negligente, por lo que no debería acumularse esta cantidad, que no tiene como finalidad reparar el daño causado sino sancionar a quien lo ha ocasionado.

realidad como del propósito que alentamos a lo largo del presente estudio, como tendremos oportunidad de fijar y consolidar en los capítulos que siguen.

No es la cuestión competencial aspecto accesorio, toda vez incide en el tratamiento y efectos que a la figura del recargo deba darse. Son numerosas las resoluciones judiciales que advierten de la insostenible contradicción entre órdenes que se produce con ocasión de conocer los múltiples aspectos del recargo. Y uno se muestra fundamental porque estando atribuida al contencioso la competencia sobre el régimen sancionador¹⁸³, la calificación que a la infracción se asignaba en éste venía a determinar en otro distinto la responsabilidad que al pago de la prestación se daba, extremo éste del que ha conocido y conoce el orden social. Esta conexión ha sido causa (y seguramente lo siga siendo en el futuro) de innumerables descoordinaciones que perturban el enjuiciamiento de las conductas en juego. Así lo denunció el Auto de la Sala de Conflictos que vimos antes entre las jurisdicciones civil y social (y lo vino a reiterar el mismo órgano al año siguiente) al enfrentar este último con el contencioso- administrativo, recordando la rectificación que ya tuvo oportunidad de hacer el Tribunal Constitucional en su sentencia número 158/1985, de 26 de noviembre¹⁸⁴, con ocasión de corregir la aparatosa contradicción entre resoluciones judiciales de ambos órdenes.

De nuevo el criterio de Nuestro Más Alto Tribunal no puede ser más nítido, preciso y contundente:

Como señala el Tribunal Constitucional es preciso establecer mecanismos y arbitrar medios que eviten estas contradicciones sobre el mismo hecho, aunque haya sido enjuiciado desde distintas perspectivas. Esto no se propicia si, en un caso como el presente, se atribuye el conocimiento de las diversas consecuencias derivadas de un accidente de trabajo a órganos de distinto orden jurisdiccional¹⁸⁵.

Entendemos que la regla contenida en el apartado 5 del artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no solucionaba el problema entre los órdenes social y contencioso. La prioridad que a este último se otorgaba se muestra como un espejismo de nocivas consecuencias porque si bien es verdad que aclara la lógica

¹⁸³ La letra n) del artículo 2 de la ley 36/2011, de 10 de octubre (LJS) que atrae la competencia del orden social al conocimiento del régimen sancionador ha sufrido dos modificaciones consecutivas en la reforma de 2012, por el decreto-ley en febrero primero y después por la ley 3/2012, de 6 de julio.

¹⁸⁴ En el supuesto que estudia la sentencia del Tribunal Constitucional referida, la contradicción se produce entre una sentencia del orden social imponiendo un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en un accidente de trabajo, mientras que otra del orden contencioso-administrativo levantó la sanción impuesta por la Autoridad Laboral al empresario por entender que no se había producido infracción de las normas de seguridad e higiene en el hecho que causó el accidente laboral.

¹⁸⁵ ATS Sala Conflictos de Competencia 4 abril 1994 (RJ 1994/3196).

temporal en el enjuiciamiento (primero la infracción, después la prestación), afirma la separación de órdenes, el mantenimiento de perspectivas jurídicas diferentes y sobre todo alarga indecorosamente la resolución final de las controversias judiciales que puedan suscitarse. De igual modo llama la atención que el mismo artículo y apartado de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social establezca la preferencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en cuanto a la fijación de los hechos probados sin reparar en las perversas consecuencias que comporta al silenciar un dato de extrema importancia, cual es el referido a que en la práctica forense habitual los procesos laborales se ventilen antes que las resoluciones dictadas en los de orden contencioso-administrativo, con el efecto de que, al menos en primera instancia, quede fijado su relato como base segura del enjuiciamiento, lo que determina la aplicación muy limitada de tal principio y, lo que es peor, se constituya en causa segura de resoluciones contradictorias¹⁸⁶.

La reforma procesal introducida por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, alivia en buena medida esta disfunción al atribuir al orden social el conocimiento del régimen sancionador como ha tenido oportunidad de fijar con determinación el Auto del Tribunal Supremo 15/2014, de 14 de septiembre (RJ 2014/4690).

4.3. Primacía y exclusividad del orden social.

No solo por razón de contrato sino también por toda suerte de responsabilidad al mismo encadenada, la competencia del orden social es indiscutible a tenor de que ontológicamente se anuda a cuantas cuestiones litigiosas tienen causa en el vínculo laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁸⁷.

Repartir la competencia implica quebrantar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978, por cuanto se corre el riesgo de que la independencia de cada órgano comporte una declaración de hechos distinta y por tanto una eventual contradicción entre los elementos fácticos, como se deduce de una sostenida doctrina en este sentido¹⁸⁸. También se vulneraría el principio de seguridad jurídica atendiendo a una máxima según la cual se llegaría al absurdo de que al mismo tiempo *unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron*,

¹⁸⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Límites constitucionales en el recargo de prestaciones*. Actualidad jurídica Aranzadi 824/2012.

¹⁸⁷ Con esta contundencia se expresan la STS (4ª) 24 de mayo de 1994 (RJ 4296) y 30 de septiembre de 1997 (RJ 6853), por entender que debe garantizarse un tratamiento uniforme y coordinado a cuantas responsabilidades se originen de un mismo ilícito laboral.

¹⁸⁸ *Es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado* (STC núm. 77/1983, de 3 de octubre). Y así también lo ha expresado la STC núm. 62/1984, de 21 de mayo (RTC 1984/64).

o que una misma persona fue su autor y no lo fue (.../...) en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, según tiene declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia 158/1985, de 26 de noviembre.

Este Tribunal emitió su resolución¹⁸⁹ mucho antes de llegarse al texto refundido de la LISOS, aprobada por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que -según hemos visto anteriormente- acoge quince años después, en el apartado 5 de su artículo 42, primero el lamento y después la recomendación que el máximo interprete de la Norma Básica expresa en su enjuiciamiento¹⁹⁰ para que por parte del legislador se unifique tan esencial aspecto. La respuesta además de tardía no puede ser más cicatera: en lugar de fijar un criterio seguro y firme sobre la base de afianzar una salida unitaria -no solo sobre los hechos en todas las jurisdicciones concurrentes, sino para ordenar racionalmente el controvertido instituto jurídico del recargo-, se opta por dar prevalencia al orden contencioso sobre el social en la declaración fáctica¹⁹¹ al tiempo que se remarcan los aspectos punitivos del recargo. Ni que decir tiene que también deja a salvo, agudizado si cabe, las contradicciones que eventualmente puedan darse (y en efecto se dan) con el resto de órdenes concurrentes.

La marcha paralela de procedimientos no solo puede determinar la vulneración de un derecho constitucional si ello provoca resoluciones en base a considerar distinta la misma realidad que se juzga. Esta consecuencia, con ser importante, deja paso a otra que no puede pasar inadvertida y que la sentencia del Tribunal Constitucional esconde como un precioso tesoro¹⁹² al que cabe recurrir en la inevitable tarea de

¹⁸⁹ STC Sala 1ª 26 noviembre 1985 (RTC 1985/158).

¹⁹⁰ *No se oculta a este Tribunal Constitucional la dificultad que ofrece arbitrar medios para resolver contradicciones entre resoluciones judiciales como las aquí denunciadas, teniendo en cuenta la ya recordada independencia de los órganos jurisdiccionales. Sería, sin duda, de desear que el legislador previese este tipo de conflictos, estableciendo mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria. Pero mientras esto no ocurra, y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado, este Tribunal ha de buscar los medios de asegurar ese derecho, que, de otro modo, quedaría sin protección.*

¹⁹¹ Este extremo se muestra discutible a tenor de lo que la propia sentencia contiene y que permite al órgano judicial separarse del precedente si lo hace fundadamente: *No se trata de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada de acuerdo con la reiteradísima doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en Derecho. Cuando resulta que, en principio, la resolución que un órgano judicial va a dictar puede ser contradictoria con la ya dictada por otro órgano, el que pronuncia la segunda debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio.*

¹⁹² A propósito de una discrepancia procesal, concretada en el hecho de que el TCT no admitió como diligencia para mejor proveer la certificación de la sentencia recaída en el procedimiento contencioso, el Tribunal Constitucional mantiene que la interpretación que los órganos judiciales hacen de la normativa debe favorecer siempre el derecho constitucional en juego, circunstancia que nos permite

reordenación que el recargo demanda: no existen prohibiciones absolutas ni dificultades insalvables porque armonizar responsabilidades y buscar al tiempo sanción, prevención y reparación es solo cuestión de voluntad. Y para lograr este objetivo dos formulas infalibles se nos ofrecen: la primera, acomodando la normativa vigente a los postulados constitucionales según la regla del artículo 5 LOPJ, lo que a nuestro juicio implica dar exclusiva competencia al orden jurisdiccional social incorporando el inevitable mecanismo de la prejudicialidad¹⁹³; y la segunda, procediendo a una demolición controlada del andamiaje actual para sustituirlo por otro más sencillo que elimine sus imperfecciones e ineficacia.

En la aplicación de uno u otro modelo, es manifiesto que hubiese bastado una mínima voluntad del legislador para obtener un resultado satisfactorio. Atribuir la competencia al juez social para, antes de fijar la cuantía del aumento de la prestación en forma de recargo, determine el grado de responsabilidad del agente productor del daño, es un ejercicio de simple lógica. En su defecto solo cabe aplicar reglas de coordinación¹⁹⁴, que nos conducen a los sistemas que impone la prejudicialidad con los inconvenientes que dicha técnica comporta en cuanto a coherencia y tiempo de resolución¹⁹⁵. No debemos olvidar que la determinación del último responsable no siempre se muestra fácil a primera vista, siendo además especialmente compleja en los supuestos de insolvencia y pluralidad de agentes:

1. En el primer caso la dificultad se asocia a la imposibilidad de aseguramiento y a la consideración de entender el recargo como sanción de la que debe responder únicamente el infractor. Por eso el Instituto Nacional de la Seguridad Social no afronta ni siquiera subsidiariamente su abono, aunque se incurra en la paradoja de aprovecharlo (es decir, ingresar su importe en

sostener nuestro corolario: el mensaje de reforma que al legislador hace se sustancia en un ejercicio tanto de hermenéutica como de mera voluntad de cambio legislativo.

¹⁹³ El voto particular de la STSJ Castilla-La Mancha 631/2013 se muestra preciso en este punto cuando expresa: *Como consecuencia de lo anterior, resulta que la existencia de una eventual infracción susceptible de fundar el recargo del art. 123 de la LGSS no es cuestión apreciable libremente en el proceso en el que se discute el recargo en ninguno de los sentidos imaginables esto es, ni para entender que existe infracción, ni para negarla, ni para alterar la tipicidad y consecuente calificación de la misma. Una vez producida la decisión administrativa o judicial que decide sobre la existencia o inexistencia de la infracción administrativa, la misma se integra como una cuestión prejudicial constitutiva e indisponible en el posterior proceso que debe decidir sobre el recargo de prestaciones al amparo del art. 123 de la LGSS. Y su sentido y consecuencias naturales no pueden alterarse en esta última sede, ni con argumentación suficiente, ni sin ella.*

¹⁹⁴ Así lo proponen Aurelio Desdentado y Ana de la Puebla en la obra colectiva citada en nota anterior mediante las dos reglas de la *prejudicialidad*: la devolutiva que suspende el proceso hasta decisión del orden competente; y la no devolutiva que supone la decisión a los efectos meramente prejudiciales de la cuestión condicionante por el orden judicial competente para decidir la cuestión condicionada.

¹⁹⁵ La vigente Ley Adjetiva Laboral la regula en su artículo 4 con el título *competencia funcional por conexión*.

Tesorería) en el supuesto de que fallezca el beneficiario y no existan causahabientes que puedan percibirlo.

2. En los casos de pluralidad de empresarios rige como regla general el principio de solidaridad, aunque su alcance es variable según el grado de participación de los implicados y debe estarse a la riqueza de supuestos y compleja casuística¹⁹⁶. Así sucede en los casos de contratas y subcontratas, en que se ha superado la tesis miope del nudo contrato para exigir responsabilidad a las empleadores concurrentes en la actividad laboral, *siempre que se contraten obras o servicios de la misma actividad, que el accidente se produzca en el centro de trabajo de la empresa principal y, en fin, siempre que las normas de prevención, vigilancia y control hayan sido asumidas contractualmente por la empresa principal. Y ello aunque sea ésta una Administración pública*¹⁹⁷.

Sin duda alguna, la cuestión se complica extraordinariamente si, además de la preferencia de un orden sobre otro y del juego perverso de plazos, equilibrios de interés y lotería de repartos en la asignación de juzgados y tribunales, entra en escena una causa penal. En este caso se obligaría al orden contencioso-administrativo a suspender las actuaciones hasta la existencia de decisión firme, conforme al artículo 3 LISOS y como garantía del principio *non bis in idem*, aunque no afectaría la marcha del procedimiento propio del recargo en vía administrativa al ventilarse un incremento de prestación de Seguridad Social, no sujeto a dicha regla por no tratarse propiamente de una sanción concurrente. De donde cabe deducir que el ejercicio separado de la reclamación de recargo ante el orden social es posible y constituye la regla procedimental al uso, pero tal camino comporta la asunción de *prejudicialidad* posibilitando, sí, la respuesta a cuantas cuestiones de responsabilidad puedan darse pero con el riesgo de la contradicción entre pronunciamientos, distintos en contenido y distantes en el tiempo¹⁹⁸. El recargo se presenta así en la práctica como un sustitutivo de las responsabilidades civiles que de forma general no se ejercen por los trabajadores por la demora del procedimiento, los riesgos en sus resultados y la

¹⁹⁶ Dado que el trabajador de la ETT presta efectivamente sus servicios en la empresa usuaria, la responsabilidad del pago del recargo normalmente recaerá en esta última, pues es ésta y no aquélla la que debe velar por el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laborales en sus lugares de trabajo. SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones: puntos críticos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 53 (2004), páginas 395 a 437.

¹⁹⁷ La doctrina unificada puede encontrarse en la STS de 18 de abril de 1992 (RJ 4849) que haciendo aplicación del artículo 42.2 ET, llega a la consideración de que *se ha de concluir que la responsabilidad de pagar el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social (...) recae conjunta y solidariamente sobre la empresa principal (...) y sobre el contratista, de modo que procede, por tanto, afirmar y declarar la responsabilidad conjunta y solidaria de estas dos empresas*.

¹⁹⁸ El artículo 27 del Reglamento General, regulatorio del procedimiento sancionador que contiene el Real Decreto 928/1988, permite la incoación del mismo sin acta de infracción, lo que no significa que pueda declararse la responsabilidad del empresario en el procedimiento judicial correspondiente sin la constatación de aquélla y de su calificación.

maraña de intereses¹⁹⁹. No es la fórmula ideal pero sin duda aporta una buena dosis de prevención y disuasión en el accidente de trabajo. Con todo se advierten defectos que es menester corregir, sobre todo y en primer lugar, por el ideal que supone la conquista de una reparación integral del daño en beneficio del trabajador accidentado; y después, porque plantea la posibilidad de ordenar los excesos de responsabilidad en contra del empresario infractor.

Solo un observatorio único del accidente de trabajo y del conjunto de contingencias profesionales permitiría una sinergia de recursos y, quizá también, de eficacia en el propósito y razón de ser del recargo: centrar su enjuiciamiento en el orden social y disminuir los daños del accidente en el marco propio y lógico de la prestación laboral, pero también en el mayor ámbito que la sociedad representa. Para la consecución de ese objetivo contamos con la experiencia de una institución centenaria que no podemos desaprovechar en la sugestiva tarea de buscar soluciones -si no definitivas, sí al menos eficaces- mediante la mejora y sustitución de las piezas de un mecanismo gastado.

No es cuestión de apariencias y maquillajes, sino de acometer su reparación integral y exhaustiva.

¹⁹⁹ Una buena muestra de la complejidad de planteamientos sustantivos y procedimentales nos la proporciona el estudio de CEA AYALA, A., *El recargo en las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: criterios jurisprudenciales y administrativos*, Actualidad laboral nº 3, 1999.

SEGUNDA PARTE

INFRACCIONES Y RESPONSABILIDAD

Capítulo III

LOS ÁMBITOS DE LA INFRACCIÓN

- 1.- Esquema general: el doble ámbito
- 2.- La necesaria presencia de falta como presupuesto.
 - 2.1. La infracción del empresario, noción inagotable.
 - 2.2. El mecanismo de activación del recargo
- 3.- Entorno físico e inobservancia normativa.
 - 3.1 El entorno físico.
 - 3.1.1 Las carencias y defectos en los dispositivos de precaución: una lista interminable.
 - 3.1.2 Infracciones específicas
 - 3.1.2.1 Sobre maquinaria y artefactos
 - 3.1.2.2 Sobre instalaciones y lugares de trabajo
 - 3.1.2.3 Sobre medios de protección personal
 - 3.2 La inobservancia normativa.
 - 3.2.1 La deuda de protección debe entenderse en sentido amplio.
 - 3.2.2 Infracciones generales en la acción preventiva
 - 3.2.2.1 Culpa in vigilando
 - 3.2.2.2 La falta de control en la salud del trabajador
 - 3.2.2.3 Omisión del deber de informar sobre riesgos y medidas a adoptar

3.2.3 Falta de adecuación al puesto de trabajo

3.2.3.1 Por razón de sus características materiales y funcionales.

3.2.3.2 Por razón de las condiciones personales del trabajador.

4.- Intervención del trabajador

4.1. Planteamiento general

4.2. La imprudencia profesional no desplaza la responsabilidad

4.3. Cuando la conducta imprudente es tolerada

4.4. Concurrencia de culpas

4.5. Especial referencia a la embriaguez y otros supuestos concretos.

5.- De la infracción al daño: la relación de causalidad.

5.1. Determinación y rasgos esenciales.

5.2. Supuestos de exclusión: temeridad y caso fortuito.

CAPÍTULO III

LOS ÁMBITOS DE LA INFRACCIÓN

1.- ESQUEMA GENERAL: EL DOBLE ÁMBITO.

Después de analizar el concepto de recargo y la dinámica de su naturaleza en los dos capítulos precedentes, nos centramos ahora en los distintos ámbitos en que nace y se desarrolla este singular incremento atendiendo también a cuantos factores intervienen en su producción.

Es importante destacar desde el principio que las prestaciones aumentadas por el recargo²⁰⁰ no solo pueden tener causa en el accidente de trabajo sino también en la enfermedad profesional²⁰¹. Esta diferencia tiene relieve porque el modo en que acaecen uno y otra se muestra diametralmente opuesto aunque los efectos materiales del incremento sean los mismos²⁰². En el primer caso, es claro que la producción súbita nos pondrá en un escenario de urgencia, de respuesta inmediata y de alta dosis de fatalidad e incertidumbre²⁰³; en la enfermedad profesional, por el contrario, la causa se muestra más críptica y solapada en su nacimiento pero su percepción y desarrollo se produce a la vista, con mejor perspectiva y mayores recursos tanto para atajar sus consecuencias como para determinar las responsabilidades en concurso²⁰⁴.

²⁰⁰ A juicio de un importante sector doctrinal las contingencias profesionales están sobreprotegidas y constituyen la pervivencia de una serie de privilegios históricos todavía pendiente de enmendar. Así, GONZALO GONZÁLEZ, B. y LÓPEZ CUMBRE, L. *Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de la Seguridad Social*. VV.AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.) *Cien años de Seguridad Social*. La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

²⁰¹ Las dificultades de prueba para establecer la necesaria relación causal cuando se trata de la agravación por accidente de enfermedades previas han sido estudiadas por RODRÍGUEZ SANTOS, E. en *Ampliación del concepto de accidente de trabajo en caso de enfermedades previas agravadas (art. 115.2 LGSS)*. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014. Editorial Aranzadi, S.A, Pamplona, 2014.

²⁰² No debemos olvidar que la noción clásica de las contingencias profesionales en general está sujeta a una permanente reconstrucción histórica que supone un *diálogo constructivo* entre jurisprudencia y legislación. Así lo contempla en luminosa reflexión MARTÍN VALVERDE, A. en *El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal*. VV.AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.) *Cien años de Seguridad Social*. La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

²⁰³ Vid. BORRAJO DACRUZ, E., *Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la ley de 1900)* en la obra colectiva antes reseñada.

²⁰⁴ No obstante la diferencia, está asumido por la doctrina que la enfermedad es riesgo específico dentro del concepto amplio y genérico de accidente, *por lo que es cuestión definitivamente decidida*, conforme señala MARÍN CORREA, citando las STS de 28 enero 1992, 25 enero 1991 y 19 julio 1991, esta última dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, en *Accidente de trabajo*.

El prototípico asunto del amianto en la jurisprudencia ha establecido las líneas fundamentales del tratamiento que nuestros tribunales²⁰⁵ hacen por extensión de la enfermedad profesional para fijar que en trabajos de alto riesgo las enfermedades de aparición lenta dan más posibilidades de reacción al empresario para prevenir el daño a la salud de los trabajadores. Ello implica acudir para el análisis de responsabilidades a la regla de las presunciones y a los factores de probabilidad, toda vez quedan descartados en su génesis factores poco imprevisibles como son la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención de terceros y la actitud negligente del propio trabajador²⁰⁶. Una vez más se resalta la función preventiva del recargo que viene a impulsar el deber de seguridad conforme al siguiente silogismo, dirigido al empresario y con un fuerte componente conminatorio: ¡más vale invertir en seguridad que pagar cuantiosas indemnizaciones! Y en este clima de bruma y humo nos hemos estado moviendo...y así seguimos²⁰⁷.

Otro dato de interés viene dado porque el recargo está vinculado necesariamente a una infracción del empresario en forma de incumplimiento de su deber de protección; es decir no se requiere una imputación genérica sino que el origen del accidente o la enfermedad tenga como causa necesaria una falta de diligencia, la vulneración de una regla o la omisión de un compromiso explícito. Sin duda, no podemos invocar la amplitud de un ilimitado deber de protección sino que se requiere la existencia objetiva de la infracción, hecho que conduce inexorablemente a las nociones de culpa y responsabilidad²⁰⁸.

Ampliación del concepto. VV.AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.) *Cien años de Seguridad Social*. La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

²⁰⁵ La sentencia que dicta el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 21 de marzo de 2016, en el recurso de suplicación 574/2015, analiza y resume los vigentes criterios en esta materia de conformidad con el rumbo actual marcado por el Tribunal Supremo respecto de lo que entiende como *absoluto desprecio* a la normativa sobre la prevención de dicha enfermedad profesional.

²⁰⁶ El reciente auto del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2016 (recurso 2884/2015) estudia el accidente que se produjo cuando el trabajador no tenía la herramienta adecuada para desatascar un desagüe y se la pidió a un trabajador de la empresa titular del centro de trabajo, quien para prepararla llevó a cabo una soldadura con la ayuda del trabajador accidentado. Durante esta tarea se desprendió una esquirla que impactó en un bote de pintura, que como consecuencia de ello se incendió y al darle una patada el trabajador de la empresa recurrente, la pintura salpicó los pantalones del trabajador accidentado, que prendieron y como consecuencia de ello sufrió quemaduras.

²⁰⁷ RODRÍGUEZ SANTOS E., *La responsabilidad por recargo de prestaciones derivada de la enfermedad profesional*. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 8/2011 (BIB 2011\1732). Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona. 2011.

²⁰⁸ La dicotomía en cuanto a las responsabilidades en concurso oscilan desde la meramente objetiva que tiende a demandar del empresario un deber de protección absoluto, hasta otra que se basa en la idea de culpa, y que por tanto se aleja de su entrada en escena automática *pues el empresario no está obligado a evitar todo riesgo, sino a reducir las causas que lo producen al mínimo compatible con el trabajo, siguiendo al respecto las prescripciones legales, reglamentarias y convencionales y optando siempre por elegir el mejor medio de protección según las posibilidades técnicas*. CAPILLA

El artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, en su apartado 1, aplica el aumento a todas las prestaciones que tienen causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, diferenciando a nuestro juicio dos grandes grupos:

- 1) Uno, que atiende a la carencia y los defectos que pueden presentar los dispositivos de precaución reglamentarios y remarca la dimensión temporal, instrumental y espacial del hecho causante *cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones.*
- 2) Y dos, completando la simetría del precepto con el segundo grupo que contiene, el que de forma genérica se ciñe al incumplimiento por falta de observancia de la normativa y que a su vez admite varios supuestos,
 - *cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo,*
 - *o las elementales de salubridad,*
 - *o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador*

Disponemos ya del cuadro que nos abre la entrada a los supuestos legales para de ese modo detectar el alumbramiento del recargo en cada uno de los escenarios en que puede darse. En efecto, tenemos el ámbito pero hay un presupuesto inexcusable: la exigencia de *infracción*, que al mismo tiempo debemos asociar a una segunda noción expresa determinada por el factor móvil que representa el porcentaje de aumento según la gravedad, porque junto a su carácter expansivo (se aplica a *todas las prestaciones* con causa en contingencia profesional) y la relación de los supuestos, casos y situaciones en que se aplica (que acabamos de referir y seguidamente analizaremos), se hace necesario como exigencia legal la presencia del incumplimiento o la inobservancia del empresario. Y también como forzosa condición que nos conduce al inexcusable régimen sancionador²⁰⁹.

BOLAÑOS, J. A. *Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización. Criterios de cuantificación*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración N° 74 (2008), p. 57-78.

²⁰⁹ La existencia de una potestad sancionadora de la Administración debe entenderse compatible con otra similar propia de los tribunales de justicia y que se consagra abiertamente en el artículo 25 de la Constitución Española de 1978, cuyos límites dimanarían del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Ambas configuran lo que la doctrina entiende como la *tesis de la unidad punitiva del Estado*, en la que se integra aquélla como *afín de la potestad penal y subordinada a ella*: NIETO GARCÍA, A. , *Derecho Administrativo sancionador*, Editorial Tecnos Madrid, 2005, pág. 94.

2.- LA NECESARIA PRESENCIA DE FALTA COMO PRESUPUESTO.

En el nacimiento del recargo se hace precisa sin duda la existencia de falta. Es ésta una noción vinculada al régimen sancionador que en el orden laboral encuentra su máximo exponente legislativo en el texto refundido de la ley sobre infracciones y sanciones que aprueba el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. El escenario cambia con esta remisión porque estamos ya en el marco de la infracción administrativa donde rigen sus principios y reglas específicas en la represión de acciones y omisiones que se hallen tipificadas tanto en la ley especial que el citado texto representa como con carácter general en las leyes y disposiciones de naturaleza social. Obviamente entre sus garantías se encuentran las que el artículo 1.2 del citado texto legal establece: ninguna sanción puede imponerse si con carácter previo no se ha tramitado el oportuno procedimiento administrativo especial, siendo además que quedan sometidas al filtro de su intensidad y jerarquía *en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado*, conforme al apartado 3 del citado precepto.

Es decir, el nacimiento del recargo se condiciona no solo a la existencia de falta, susceptible de graduación conforme a su *gravedad*, sino al requisito de que su imposición cumpla con las exigencias del régimen sancionador administrativo-laboral.

2.1 La infracción del empresario, noción inagotable.

El concepto de *falta* que aparece en el artículo 123 de la referida ley social básica²¹⁰ se ve sustituido por el más general de *infracción* que contiene la LISOS, cuyo artículo 5.1 extiende el concepto a las acciones y omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y convencionales *tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley*, para en el apartado 2 centrar las referidas en materia de prevención de riesgos laborales solo al incumplimiento de normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo *sujetas a responsabilidad conforme a esta ley*²¹¹.

²¹⁰ Obviamente nos referimos a la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

²¹¹ La amplitud con que se expresa la norma desborda el marco contractual y permite ampliar la responsabilidad de la infracción en materia de seguridad y salud laborales no solo al empresario como sujeto principal sino también a otros autores materiales de su comisión como los promotores, los propietarios de obra, los trabajadores por cuenta propia, los servicios de prevención ajenos, las auditorías y las entidades que asuman el desempeño de acciones formativas. Así lo entienden SEMPERE NAVARRO, V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. en *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social*. Thomson Aranzadi, Madrid 2003 (p. 93).

Como es de apreciar, el campo de aplicación *se* va estrechando conforme avanzamos en el juego de remisiones y literalidades: lo que en la ley básica (artículo 123 LGSS) era una declaración de incumplimiento vago del empresario en supuestos y ámbitos generales, ha llegado a convertirse en un terreno firme y acotado dentro del estrecho y garantista campo del régimen sancionador; ahora necesitamos que la conducta del empresario no solo esté prevista sino que tenga un determinado nivel de gravedad. Ambas cualidades las extraemos del propio texto de la LISOS, en un preceptivo itinerario que de entrada nos fuerza a recalar en las dos primeras secciones del capítulo II.

- 1) La primera está referida a las infracciones en materia de relaciones laborales, ya sea en el plano individual como colectivo (según recoge el apartado 10 del artículo 7) con atribución de gravedad a la comisión de actos u omisiones contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, entre los que se encuentran -en la letra d)- el de integridad física y el de obtener una adecuada política de seguridad e higiene. Como infracción muy grave (en los apartados 13 y 13 bis del artículo siguiente) se recogen las distintas modalidades de acoso -entre las que no se cita expresamente el moral- y que bien pudiera integrarse en el apartado 11 al entenderse como acto contrario al respecto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores²¹².
- 2) Ya en el plano de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, en la sección 2ª de esta ley especial se contienen solo tres artículos enumerados, del 11 al 13: el primero dedicado a las infracciones leves y los dos siguientes a las graves y muy graves; llaman la atención por su manifiesta desproporción y longitud. Y así, mientras el primero atiende a cuestiones de orden menor, los dos siguientes muestran un denodado esfuerzo totalizador que se traduce en un intransitable y complejo bosque de conceptos, situaciones, supuestos y posibilidades.

El liviano campo infractor del artículo 11 hace referencia a detalles como la falta de limpieza de la que no se derive riesgo (1), *el incumplimiento de la normativa de prevención siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores* (4) o aspectos relacionados con los deberes de comunicación (2 y 3), de carácter formal o documental que no estén tipificadas como graves o muy graves (5) y, en el concreto campo de la construcción, que no disponga el contratista de libro de subcontratación o no pueda acreditar la posesión de la maquinaria empleada en la obra (6 y 7).

²¹² Vid. GARCÍA ORTEGA, J., *El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional: determinación de la falta de medidas de seguridad por riesgo psicosocial (acoso moral horizontal) y la compatibilidad del recargo con la indemnización por daños morales*, Aranzadi Social nº 2, 2008.

2.2. El mecanismo de activación del recargo.

La trascendencia de los supuestos legales en el nacimiento de la figura en *razón a la* gravedad exigida nos conduce a los sobredimensionados artículos 12 y 13 del texto refundido que se extienden a lo largo de veintinueve apartados el primero y diecisiete el segundo, por cuanto de forma clara albergan los mecanismos más sonoros de activación del recargo. Y ello porque de la comisión de las infracciones que se enumeran depende la imposición del aumento de prestaciones que por causa de accidente o enfermedad puede establecerse²¹³ en su segmento más alto y riguroso. En el interminable escaparate de conductas que ambos preceptos muestran (y como cristalización del deber genérico de protección del empresario cuya configuración esencial aparece recogida con profusión en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), merece la pena detenerse en los siguientes detalles:

- Partimos de que la expresión *incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales*, que cita el artículo 42 de la ley básica en la materia, alude en términos generales a un conglomerado de deberes contenidos en la vasta normativa a que se refiere el propio artículo 1 y que comprende, además de la ley especial y sus disposiciones de desarrollo, *cuantas otras normas legales o convencionales contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito*.
- En ese océano normativo de obligaciones y responsabilidades constituye su contrapunto el concreto régimen sancionador que en este campo contiene la referida norma, conforme se regula en los artículos que ahora examinamos.
- En efecto, sin descartar la aplicación a cualquier supuesto de recargo por la levedad de las conductas previstas en el artículo 11, según queda expuesto, se hace preciso transitar por las estaciones que jalonan el recorrido de infracciones graves y muy graves que los dos siguientes preceptos recogen, al objeto de hacer más visible y detectar la relación de causalidad entre la conducta infractora del empresario y su resultado lesivo por vía de accidente o enfermedad.
- Siguiendo este criterio podemos advertir la falta de sistemática en el precepto que dificulta notablemente el encaje de los supuestos, pues junto a

²¹³ No resulta ocioso recordar en este punto la complejidad de la materia y la encrucijada de órdenes jurisdiccionales que pueden entrar en concurrencia debido a que tanto los recursos contra las sanciones que se imponen como las acciones de toda naturaleza que cabe interponer siguen vías distintas y a menudo acaban interfiriendo entre sí, abocadas en la mayor parte de las ocasiones a un largo e interminable peregrinaje judicial. En este sentido lo expresa FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1996.

obligaciones muy generales se relacionan otras que sí pueden tener conexión directa con el nacimiento del recargo por infracción de normativa. Si en el ámbito de las relaciones de trabajo vimos que únicamente cabe establecer una aproximación a este principio de causalidad a través de las infracciones cometidas en materia de acoso y por hechos contrarios tanto a la integridad física como a la vida y demás los derechos fundamentales, en el ámbito de la prevención de riesgos los supuestos también se encuentran muy limitados²¹⁴.

- Así, el número 2 del artículo 12 sanciona la falta de reconocimientos médicos y obliga a comunicar sus resultados a los trabajadores afectados; en el número 3 se reprocha la omisión de dar cuenta de los accidentes y enfermedades que se produzcan o declaren, así como no proceder a su investigación; el 7 entra de lleno en uno de los supuestos expresamente previstos en el artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social, cuando el daño se causa por indebida adscripción del trabajador a un puesto incompatible con sus características personales....Y así hasta veintinueve supuestos distintos que se enumeran, como decimos, sin orden y se agregan, suprimen o modifican a impulso de reforma y voluntad legislativas.
- El artículo 13, sobre infracciones muy graves, sigue este mismo esquema en diecisiete apartados que se van sucediendo en descripciones de conductas muy genéricas en el vano empeño de embridar una casuística que desborda ampliamente el marco de la norma. Y todo con el propósito de garantizar los principios de tipicidad y seguridad jurídica que difícilmente se consiguen alcanzar en la mayoría de los casos²¹⁵.

3.- ENTORNO FÍSICO E INOBSERVANCIA NORMATIVA.

La causa del recargo es la infracción del empresario. Y según hemos puesto de manifiesto, ésta debe contener algún grado de reproche en la escala de gravedad porque es condición *sine qua non* para su nacimiento y factor clave en la determinación de sus consecuencias, atribución de responsabilidad y cuantía. Pero hemos visto también cómo la remisión a la normativa susceptible de incumplimiento

²¹⁴ JURADO SEGOVIA, A., *Enfermedades psicológicas y accidente de trabajo: a propósito de un supuesto de acoso de una trabajadora con dolencias previas*, Aranzadi Social, nº 13, 2009.

²¹⁵ El propio Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia 120/1996 que la garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene *como precipitado y complemento la de la tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora*, añadiendo que siendo éstas necesariamente borrosas por razones ya del carácter abstracto de la norma, ya de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje, el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del artículo 25.1 CE deberá analizarse...con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad.

adolece de la debida concreción en la ley especial que regula la infracciones y sanciones en el orden social. Ello nos obliga a la búsqueda de sistemática por medio del caso concreto que necesariamente debemos ajustar a los grandes grupos que antes describimos conforme contiene el apartado 1 del artículo 123 de la tantas veces citada Ley General de Seguridad Social, que distingue entre los dos ámbitos reseñados en el apartado primero y que pasamos a desglosar en los que siguen.

3.1. El entorno físico.

Hace referencia a los instrumentos y lugar en que se producen el accidente o se contrae la enfermedad²¹⁶. El resultado lesivo se produce **por** máquinas, artefactos o **en** instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones.

3.1.1. Las carencias y defectos en los dispositivos de precaución: una lista interminable.

La alusión a lo reglamentario en los dispositivos de precaución de máquinas y centros de trabajo que la disposición legal contiene no deja de ser un recurso dialéctico²¹⁷. La infinita relación de instrumentos vinculados a la relación laboral hace que esa referencia se convierta en la mayoría de la ocasiones en una mera declaración de buenas intenciones, muy alejada de la realidad.

En verdad, dicho nivel de exigencia entronca con el deseo de concretar una responsabilidad que cada vez se hace más difícil vincular únicamente a la persona del empresario, ya sea física o jurídica. Por eso la noción de culpa²¹⁸ se diluye para pasar

²¹⁶ En este apartado se muestra imprescindible el estudio de GONZÁLEZ ORTEGA, S. *A vueltas con el concepto de accidente de trabajo, en el supuesto de enfermedades comunes manifestadas en tiempo y lugar de trabajo*. Aranzadi Social nº. 5/2008. Revista doctrinal electrónica.

²¹⁷ El recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad derivado de infracciones específicas sobre maquinaria y artefactos producidas en instalaciones o lugares de trabajo a consecuencia de motores, transmisiones, máquinas y otros análogos, mediando falta de mecanismos de seguridad es objeto de análisis por el TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), en sentencia núm. 1125/2002 de 18 julio (JUR 2002\261763), refundiendo los criterios doctrinales de aplicación en la materia.

²¹⁸ Desde la perspectiva de las teorías actuales sobre responsabilidad objetiva, es manifiesto que la relevancia del trabajador lesionado en la producción del accidente es insignificante. En este sentido se expresan ALONSO OLEA, M. Y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 15 ed., Civitas, Madrid 1997, p. 212. Ver también en ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 1973, ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 1991, y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Lex Nova Thomson Reuters, 2015.

desde la acción o intervención directa del agente a los criterios objetivos de la carencia o el desperfecto de dispositivos de precaución, en los que (o a cuyo través) quepa deducir alguna suerte de responsabilidad. Los aspectos a regular son tantos que las disposiciones reglamentarias que desarrollan la Ley de Prevención de Riesgos Laborales necesariamente se ven abocadas a dictar normas mínimas o guías técnicas que hagan posible su articulación. Pero la seguridad y la salud en el trabajo constituyen un campo sin límites porque su horizonte se ve de continuo ampliado por las nuevas tecnologías y los avances en la investigación y desarrollo de multitud de aplicaciones.

Los Reales Decretos 485 y 486, ambos de 1997 y de 14 de abril, hacen trasposición de la Directivas europeas en la materia y regulan las disposiciones mínimas de señalización y de seguridad y salud laborales en los lugares de trabajo, sustituyendo en estos apartados a la vieja Ordenanza de Seguridad e Higiene de 1971. Todo ello conforme al artículo 6 de la Ley general preventiva que en su apartado 2 sienta un principio elemental de cuanto venimos diciendo:

Las normas reglamentarias...serán objeto de revisión periódica, de acuerdo con la experiencia en su aplicación y el progreso de la técnica.

Es importante advertir que el deber de protección del empresario conlleva eliminar los riesgos en los lugares de trabajo, pero el propio Decreto advierte que tal misión resulta imposible de llevar a cabo en todas las ocasiones, por lo que dispone en el artículo 3 que al menos proceda a su minoración mediante el cumplimiento de las condiciones mínimas que de forma prolija se contienen en sus Anexos. El primero de los Decretos incluso llega a claudicar en lo ilimitado del propósito preventivo²¹⁹ y se resigna a indicar que el deber general en materia de señalización de seguridad y salud laborales se llevará a cabo *siempre que resulte necesario*, lo que diluye y condiciona dicha obligación a una atmósfera de indeterminación que la priva de exigibilidad.

3.1.2. Infracciones específicas.

En este apartado cabe distinguir las omisiones y actitudes contrarias al deber de protección cuando la infracción se produce sobre maquinarias y artefactos, sobre las instalaciones y lugares de trabajo y, finalmente, cuando tiene lugar en los concretos

²¹⁹ Cabe mantener que los incumplimientos preventivos de la empresa pueden derivar en responsabilidad por recargo de prestaciones debido a la importancia del control de las condiciones de trabajo y la atención del empresario para adoptar las medidas en el momento oportuno apreciando la sensibilidad de sus trabajadores. Así se considera en PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. *Incumplimientos preventivos, enfermedad profesional y recargo de prestaciones*. Revista Doctrinal Aranzadi número, BIB\2010\1903.

medios de protección personal del trabajador que eviten el siniestro de accidente o enfermedad profesionales.

3.1.2.1. Sobre maquinaria y artefactos.

El recargo de prestaciones por omisión de medidas preventivas de seguridad se produce cuando éstas afectan y tienen lugar por incumplimiento de las revisiones técnicas periódicas y acarrear el desplome de ascensor²²⁰ o cuando se da en aparatos de elevación de carga con ausencia de homologación y de elementos de anclaje, constando la inexistencia de informe de evaluación de riesgos²²¹. Indudablemente la gama de supuestos es interminable toda vez las posibilidades de matices y grados de intervención se presenta prácticamente ilimitada, aunque un aspecto primordial es preciso poner de relieve: no basta con someterse a la regla de partida que implica disponer de aparatos que cuenten con la debida homologación sino que su mantenimiento y uso son determinantes en la permanente tarea de velar por la seguridad de la maquinaria en un contexto y espacio adecuados, de los que a continuación tratamos.

Así en los aparatos de elevación y transporte de carga mediante grúa-torre, su defectuoso mantenimiento y el exceso de carga pueden ser objeto del oportuno procedimiento administrativo sancionador, del mismo modo que su colocación y asentamiento inadecuado e inestable. No debe olvidarse que en materia de prevención de riesgos laborales las obligaciones del empresario respecto de su deber de seguridad no quedan satisfechas con la mera puesta a disposición de los elementos de protección, toda vez incluye la de vigilar el cumplimiento de sus propias instrucciones²²², incluso en los supuestos en que la intervención del trabajador en el modo de operar haya sido determinante en la producción del accidente (v.gr. por haber fabricado artesanalmente un rudimentario mecanismo de elevación de materiales) y que, aunque pueda comportar negligencia -como anteriormente hemos expuesto- no exime de responsabilidad empresarial, incidiendo eventualmente en la determinación del porcentaje aplicable del recargo²²³.

De ahí que no solo se cometa infracción por el estado de la maquinaria y por causa de su inadecuado uso; también cabe vulnerar las medidas de seguridad y preventivas sobre la utilización de equipos de trabajo, como la que se produce en el transporte de

²²⁰ TSJ Galicia (Sala de lo Social), sentencia de 15 abril 2002, (AS 2002\1112).

²²¹ TSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), sentencia núm. 1043/2000 de 21 septiembre, (AS 2000\4105).

²²² TSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 635/2007 de 19 junio (AS 2007\3053).

²²³ TSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 406/2006 de 4 mayo, (AS 2006\1357).

planchas metálicas cuando la incorrecta utilización de una cargadora-excavadora, no prevista ni habilitada para la función que irregularmente se le asignó, produce el atrapamiento del trabajador por la máquina dada su proximidad a la misma²²⁴. O en el supuesto del manejo por operario sin formación adecuada y sin autorización de plataforma elevadora, supuesto estudiado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en sentencia número 1747/2011 de 17 junio (JUR 2011/325898), así como el accidente ocasionado por vehículo carente de señales acústicas y espejos retrovisores en que concurre la responsabilidad solidaria de contratista y subcontratista de la obra, examinado por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en la sentencia número 603/1994 de 26 octubre (AS 1994/3817); y el producido por infracciones específicas sobre maquinaria al utilizarse un tractor para usos no adecuados a su fin, como es el transporte de objetos, que estudia también el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, esta vez por la Sala de lo Social de Granada, en sentencia número 260/2012 de 1 febrero (JUR 2012/239939).

Como infracción singular se presenta la existencia de relación de causalidad por incumplimiento empresarial que produce la caída del trabajador a consecuencia de la rotura del estribo del camión que no había detenido completamente su marcha. No hay aquí caso fortuito, toda vez en la prevención de riesgos laborales las condiciones de seguridad de los equipos de trabajo obligan a una actuación que supera la mera homologación del vehículo o la circunstancia de haber pasado la Inspección Técnica de Vehículos, conforme deja bien fijado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia número 107/2013 de 25 febrero (AS 2013\924).

Además, el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad también procede por incumplimiento de la normativa de señalización de seguridad y salud, que debe intensificarse en las situaciones de emergencia por requerir medidas urgentes de protección o evacuación. En estas circunstancias, el vuelco de camión por inestabilidad del terreno, siendo adversas las condiciones climatológicas, imponen la necesidad de orientar o guiar al trabajador en la realización de la maniobra de descarga, lo que finalmente debe determinar la responsabilidad empresarial; así viene expresado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia número 3342/2010 de 6 mayo (AS 2010\2082). De igual modo existe en el accidente de tráfico ocasionado por el reventón de una rueda del camión donde no cabe hacer aplicación de la doctrina del caso fortuito por falta de control empresarial del estado de los neumáticos, dado que en materia de prevención de riesgos laborales las obligaciones del empresario sobre los equipos de trabajo comprenden también la elección y la realización de controles periódicos sobre los mismos y sobre las condiciones en que se realiza la actividad²²⁵.

²²⁴ TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 6239/2011 de 5 octubre, (JUR 2011\396565).

²²⁵ TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 3695/2010 de 18 mayo, (AS 2010\2101).

Sin embargo, en el ámbito del transporte de viajeros por carretera la infracción de medidas de seguridad y salud relativas a jornada y descansos, aunque concurra la imprudencia del trabajador, no exime de responsabilidad empresarial y por ello resulta aplicable el principio de concurrencia de culpas²²⁶.

3.1.2.2. Sobre instalaciones y lugares de trabajo.

El espacio físico en que se produce el accidente de trabajo o se contrae la enfermedad profesional es determinante en la imposición del recargo conforme determina el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social.²²⁷ Las condiciones ambientales son aspecto clave para imputar responsabilidad conforme a continuación examinamos, distinguiendo el marco concreto en se origina y en consideración al medio instrumental a través del cual se hace visible; para ello debemos partir de las condiciones generales en que se desarrolla la infracción del empresario en orden a su deber general de protección. Y de este modo puede tener como escenario el vacío de un hueco de escalera²²⁸, el trabajo en altura, las minas y excavaciones, o sobrevenir simplemente por el defectuoso sistema eléctrico de una instalación o atribuirse a la contaminación por sustancias tóxicas, entre otros muchos supuestos. De estos ámbitos hacemos referencia seguidamente:

- Las condiciones generales de los locales son determinantes en el nacimiento del recargo y en el porcentaje aplicable según la gravedad de la infracción. La realización de trabajos de soldadura en los elementos estructurales de la nave, estando éstos impregnados con restos de grasa, puede ser causa de accidente y responsabilidad del empresario que descuida esta circunstancia y que termina por desencadenar el accidente²²⁹.

²²⁶ Tal hecho determina porcentaje del 30 % de recargo en el supuesto que estudia el TSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 232/2010 de 29 marzo, (AS 2010\1591).

²²⁷ También el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo de 22 de julio de 1981, ratificado por España en 26 de julio de 1985 con carácter general impone cuantas medidas sean razonables y factibles para garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos sean seguros y no entrañen riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores.

²²⁸ El Tribunal Supremo mediante sentencia de 13 de abril de 2016 (recurso 3043/2013) se pronuncia sobre la que en instancia dictó un juzgado de Pontevedra que dispuso el abono de una indemnización a favor de sus herederos por la responsabilidad civil de la empresa derivada de accidente de trabajo; éste aconteció cuando, subido a un andamio de borriquetas a poca distancia del hueco de escalera y por motivos que se desconocen, se precipitó por el mismo desde una altura de trece metros. No estaba anclado a dispositivo de seguridad alguno y el hueco se encontraba protegido del riesgo de caída.

²²⁹ TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia núm. 355/2006 de 24 abril, (AS 2006\2904).

- En aplicación del principio conforme al cual la imprudencia no temeraria del operario no exime de responsabilidad empresarial, que después examinaremos, el fallecimiento del trabajador por vuelco de la carretilla elevadora puede tener causa en la omisión de medidas de seguridad si el empresario no corrige el defecto constructivo que representa la acusada pendiente en la rampa de acceso al almacén por la que la misma transitaba. Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia número 3431/2012 de 11 junio (AS 2012/2370).
- De igual modo, la caída en el centro de trabajo al resbalar debido al estado del suelo, sucio y desordenado, puede no solo entrañar la responsabilidad del empresario infractor, sino ser compatible e independiente con otras, según analiza el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia número 2239/2012 de 20 marzo (AS 2012/1408).
- En igual sentido, procede la imposición del recargo respecto a las consecuencias de la caída sufrida por el trabajador tras resbalar por haberse limpiado inadecuadamente el suelo del centro de trabajo, en el que había un polímero derramado haciéndolo extremadamente resbaladizo, según el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia número 1049/2012 de 9 febrero (AS 2012/570). O cuando se produce por una inadecuada valoración de riesgos por parte de la empresa, que es el supuesto que estudia la sentencia del mismo Tribunal, número 1000/2012 de 8 febrero (AS 2012/567).
- La falta de medidas de protección pueden también orientarse a evitar la exposición al sol en una época en la que existe una ola de calor en el lugar de trabajo produciendo como resultado la muerte del trabajador en el sector de la construcción²³⁰, o bien a impedir que en el manejo de carretilla elevadora por operario sin formación adecuada se produzca el choque contra un muro construido deficientemente y caiga sobre otro trabajador, interviniendo actuación negligente del titular del centro de trabajo por falta de supervisión adecuada en su construcción por la empresa subcontratada, conforme estudia igualmente el referido tribunal catalán en su sentencia número 2313/2010 de 25 marzo (AS 2010/2013).

²³⁰ Es el supuesto que estudia el TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 693/2012 de 8 febrero, (AS 2012/565), que sitúa con precisión en hechos probados el escenario en que sobreviene el accidente: *el actor junto con otros trabajadores estuvieron realizando ese día el encofrado de una depuradora, prestando servicios desde las 8:30 a las 13 horas y desde las 14:30 hasta las 19 horas. El lugar de trabajo era una explanada al lado de un arbolado próximo en la ribera del río Miño, aunque el actor por la mañana había estado trabajando hasta las 10 de la mañana en una arboleda. Ese día hizo una temperatura máxima, medida por el observatorio de Ourense de 41'6 grados a las 14:50 horas, siendo la temperatura a las 13 horas de 40 grados y a las 18 horas de 38 grados.*

- La exposición a plaguicidas en un centro de trabajo sin ventilación adecuada e inexistencia de evaluación de riesgos, plan de actuación preventiva y procedimiento de coordinación de la actividad preventiva con la empresa fumigadora necesariamente debe comportar el recargo por incurrir en falta grave según establece este último órgano jurisdiccional en la resolución número 459/2009 de 21 enero (AS 2009/1363)²³¹.

3.1.2.3. *Sobre medios de protección personal.*

Ya hemos comentado antes que junto a las condiciones generales de los locales e instalaciones, ocupan un lugar destacado en la determinación del recargo por omisión de medidas de seguridad los medios de protección individual, que deben ser eficaces y responder a un criterio de formación previa del trabajador en su utilización²³². La combinación de ambos factores generan multitud de supuestos en una prolija casuística que nuestros tribunales han venido acomodando a cada situación y en el contexto del deber general de protección. En este apartado la seguridad del trabajador pasa por una amplia gama de objetos entre los que destacan los cinturones y anclajes en andamios, el calzado que evite caídas, las gafas de protección ante agentes agresivos, entre una lista abierta que a continuación vemos:

- El mantenimiento defectuoso de los equipos de protección individual sin imprudencia del trabajador en los trabajos en altura por caída desde poste del tendido eléctrico, concurriendo además falta de información implica infracción y genera recargo de prestaciones –Tribunal Superior de Justicia de

²³¹ En igual sentido incide el mismo Tribunal en sentencia núm. 2037/2001 de 5 marzo (AS 2001\1450), que estudia el accidente de trabajador que presta servicios como rectificador en empresa dedicada a la actividad de recubrimientos de cilindros con cauchos naturales, sintéticos, siliconas, esponja, ebonita y poliuretano, que acontece cuando se encontraba eliminando rebaba de caucho, que quedaba en los tubos metálicos tratados, y observó que salía humo de la conducción de extracción-aspiración. *Al igual que había hecho en otras ocasiones, paró el sistema de aspiración y transcurridos unos dos minutos subió a la cubierta, donde se encuentra situada una compuerta del tubo conductor del sistema, provisto de un cubo de agua y un extintor, y en compañía de otro trabajador. Al abrir este trabajador la compuerta, salió una gran llama que alcanzó al señor N. y le produjo quemaduras de segundo grado en cara, pecho y brazos. Al no tener carácter imprevisible o inevitable, por muy loable que fuera la actitud de la empresa colocando el sistema de ventilación, no se evaluarán debidamente los riesgos que pudiera entrañar un sobrecalentamiento, tal como efectuó y corrigió después del accidente, como no existir un programa de limpieza periódica o un responsable de mantenimiento debidamente formado. Se producen las infracciones denunciadas y, en consecuencia, fue procedente el recargo.*

²³² La falta de vigilancia y control de la salud del trabajador determina el incumplimiento de las disposiciones mínimas para la utilización por parte de los trabajadores de los equipos de trabajo, por lo que cabe deducir relación de causalidad existente si se usa de forma indebida un *palet* desechable como medio de transporte, a criterio del TSJ Cataluña en sentencia núm. 1725/2015 de 9 marzo (JUR 2015\111367); de igual modo que la imprudencia no temeraria del trabajador no exime de responsabilidad empresarial, sin perjuicio de su valoración al efecto de determinar el porcentaje del recargo, en doctrina consolidada de la que es muestra la dictada por el TSJ Islas Baleares en la sentencia núm. 52/2015 de 26 febrero (AS 2015\629).

Extremadura, sentencia número 50/2010 de 28 enero (AS 2010/1022)-, siendo el porcentaje aplicable conforme a la gravedad de las lesiones y determinándose la responsabilidad solidaria de la empresa principal y del contratista –Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia núm. 8052/2006 de 17 noviembre AS (2007\1062).

- Partiendo del principio de que las obligaciones del empresario pasan por la planificación de la actividad preventiva, ello implica también prever incluso las distracciones del trabajador dando las debidas instrucciones y dotando con los medios adecuados en cada contingencia a fin de no incurrir en infracción de los principios generales de la acción preventiva²³³.
- Entre los medios de protección personal más habituales se encuentra el calzado de seguridad, cuya falta de utilización al realizar el trabajo, unido a la carencia de formación e información del trabajador, agrava las consecuencias del recargo en caso de accidente ante la inexistencia de plan de seguridad o de evaluación de riesgos laborales²³⁴, de igual modo que se da existencia de relación de causalidad por incumplimiento empresarial si no se facilita casco con máscara para la soldadura produciéndose la caída del trabajador desde escalera en que realiza su tarea²³⁵.
- La conducta permitida por la empresa por falta de utilización de gafas de protección no exime del deber de protección ni evita las consecuencias del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, máxime si los trabajos son de corte -Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia número 3409/2005 de 25 octubre (JUR 2006/136693) y de Madrid, sentencia número 512/2005 de 4 mayo (JUR 2005/157222)-, sin que sea suficiente con su mera facilitación por cuanto es obligado hacerse puntual y constante vigilancia de su buen estado y uso por parte del trabajador, según refiere la sentencia número 6829/2005 de 13 septiembre (JUR 2006/37586) del tribunal de igual clase de Cataluña.
- La ausencia de formación y vigilancia respecto a la adecuada utilización de los equipos de protección individual inadecuados para prevenir los riesgos derivados de las bajas temperaturas es estudiada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia número 1894/2005 de 12 julio (AS

²³³ En este punto incide el supuesto en que las instrucciones dadas a los trabajadores de proceder a apagar un incendio, sin avisar a los bomberos y sin inundar las cribas al no haber fuego sino humo y brasas, se muestran insuficientes debido a la explosión producida al abrir la criba; existe falta de evaluación de riesgos y de método de trabajo si la obligación impuesta a los trabajadores de acudir en caso de incendio a averiguar las causas del mismo se produce sin contar con la necesaria cualificación profesional y sin trajes ignífugos, según resuelve el TSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 51/2006 de 26 enero, (AS 2006\582).

²³⁴ TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia núm. 1274/2002 de 19 septiembre, (AS 2002\4126).

²³⁵ TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 6433/2010 de 7 octubre, (AS 2010\2360).

2005/2867), que conecta con la necesidad de adoptar las medidas necesarias (cualesquiera que ellas fueran) en garantía de protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo y en atención al deber de protección del empresario que como estamos viendo se muestra incondicionado y prácticamente ilimitado. Así lo vienen aplicando nuestros tribunales al tiempo de analizar la responsabilidad subjetiva del empleador mediante la necesaria imputación por vía de culpabilidad y establecer como requisito esencial la oportuna relación de causalidad: la infracción ha de ser la causa directa del accidente, procediendo el recargo siempre que los equipos de protección individual se muestren insuficientes o inadecuados y exista falta de formación del trabajador accidentado, conforme sostiene el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en su sentencia número 260/2005 de 15 noviembre (AS 2005/3520).

- Estando en juego valores superiores o bienes irremplazables como la propia vida del trabajador, determinadas normas de seguridad adquieren rango de fundamentales: eso sucede con los medios de protección personal vinculados a los bienes jurídicos de la integridad física y relacionados con la falta de cuerda de salvamento y arnés complementario al cinturón de seguridad en trabajos en altura o con riesgo de caída al suelo²³⁶. También cuando la vida queda comprometida a tal punto que la muerte del trabajador se produce por producto empleado en la limpieza de un depósito dándose carencia de mascarillas y mecanismos adecuados de protección²³⁷, llegándose a igual resultado de muerte por asfixia ante la manifiesta carencia de equipos respiratorios²³⁸.
- El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad puede surgir, como venimos manteniendo, de la culpa *in vigilando* del empresario²³⁹ o de su mera tolerancia²⁴⁰ en el uso indebido o deficitario de alguno de los elementos de protección personal, ya se trate de alguna de la muchas prendas del vestuario laboral como de los complementos de éste. En todos los casos se

²³⁶ TSJ País Vasco (Sala de lo Social), sentencia de 27 marzo 2001, (JUR 2001\300590).

²³⁷ Este es el supuesto que estudia el TSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social), en sentencia núm. 92/1997 de 4 febrero, (AS 1997\644).

²³⁸ TSJ C. Valenciana (Sala de lo Social), sentencia núm. 2407/1993 de 23 noviembre, (AS 1993\5008).

²³⁹ La posible incomodidad para el trabajo de la ropa de trabajo es el caso que analiza el TSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), en sentencia de 12 marzo 1992, (AS 1992\1547).

²⁴⁰ TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 595/2004 de 19 febrero, (JUR 2005\78709).

llega a una misma conclusión: no cabe excusa alguna para la adopción de la oportuna medida de seguridad.

3.2. La inobservancia normativa²⁴¹.

Hace referencia al entorno espiritual en que el accidente acontece o se contrae la enfermedad y aquí el resultado lesivo se produce porque no se han observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador²⁴².

3.2.1. La deuda de protección debe entenderse en sentido amplio.

El art 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece que el empresario es deudor de seguridad y salud frente a sus empleados²⁴³. Son los trabajadores los titulares del derecho a una protección eficaz, lo que descarta, de un lado, el mero cumplimiento formal y, de otro, refuerza con vigor la cualidad de la eficiencia en su comportamiento, lo que significa colocar un plus de atención y renovación constante y actualizada en los dispositivos de seguridad.

Prosigue el segundo párrafo del primer apartado del precepto a fijar, como correlato sinalagmático de lo anterior, el deber que tiene el empresario de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales. Es una declaración de formato general que compromete los perfiles de seguridad jurídica más elementales, porque introduce el factor de indeterminación (siempre presente en el concepto de riesgo) que el precepto se encarga de acentuar pluralizando su presencia en la descripción.

En la anómala sistemática de aclarar contenidos, continúa el mismo artículo involucrando a la Administración Pública, lo que no deja de ser una extensión obvia cuando adopta el papel de empresario. En este caso, la referencia que hace del

²⁴¹ Vid. MUÑOZ RUIZ, A. B., *El sistema normativo de la prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

²⁴² El auto del Tribunal supremo de 31 de marzo de 2106 recaído en el recurso 3127/2015 refuerza la *tesis del deber mínimo de seguridad* aunque la obligación no infrinja normativa específica alguna por cuanto *el hecho de que una medida de seguridad no venga impuesta por una norma no supone que no deba adoptarse*. El supuesto estudiado viene referido al accidente de tráfico con resultado de muerte que se produce en carretera helada en vehículo con neumáticos de verano con aplicación del artículo 3 del RD 1215/1997 de 18 de julio que obliga al empresario a mantener los equipos de trabajo adaptados a las particularidades de la tarea y se muestren adecuados a la misma.

²⁴³ El concepto de salud laboral entendida de forma integral *como promoción y mantenimiento del más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores* y como ausencia de riesgos también es analizado con amplitud por PEDROSA ALQUÉZAR, S. I. en el estudio *El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud*, en Revista Doctrinal Aranzadi número, BIB/2000/505.

personal a su servicio no deja dudas acerca del alcance universal que comporta, así como los aspectos que configuran el contenido general del derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Tan amplio es el derecho regulado que cuando en el último párrafo del primer apartado se atreve a iniciar una descripción detallada de su contenido termina por reconocer que solo *forman parte* del mismo, dejando así las puertas abiertas a otros más específicos que pudieran incorporarse a su lista. Los que expresamente cita son los siguientes:

- Información, consulta y participación.
- Formación en materia preventiva.
- Paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente, y
- Vigilancia de su estado de salud.

Tales derechos son expresos porque los regula la ley en sus artículos 18 y siguientes, pero la relación es abierta y sujeta a las modificaciones que en el futuro pudieran agregarse. Llega a ser tan intensa y absoluta la protección que el apartado segundo conmina al empresario a garantizar la seguridad y la salud de los empleados *en todos los aspectos relacionados con el trabajo*. Tal expresión no puede disimular su ambicioso alcance y se ve matizada en el texto legal por la obligación de prevenir los riesgos laborales mediante la integración de dicha actividad en la empresa a través de la adopción de cuantas medidas sean necesarias para su protección. Su detalle se hace instrumentalmente por medio de un plan que además debe evaluar los riesgos y garantizar los derechos anteriores conforme a la herramienta que representan los servicios de prevención que se regulan en el capítulo IV de la ley.

Esta garantía máxima, que cabe predicar en el marco integral de todo el proceso productivo, se complementa con lo que la ley denomina *acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva*, lo que exige del empresario una atención sagaz e incisiva, muchas veces rayana en el arrebato, sobre la identificación y el control de toda suerte de riesgos -pasados, presentes y futuros- que bien podrían revelar una exultante abundancia de deberes tras cuya apariencia pudieran esconderse inconfesables carencias de los poderes públicos en acometer dicha tarea, como más adelante desarrollamos.

3.2.2. Infracciones generales en la acción preventiva.

Fijado como presupuesto ineludible del recargo la infracción del empresario²⁴⁴, ésta puede darse ya sobre aspectos específicos de la maquinaria²⁴⁵, herramientas y

²⁴⁴ Por lo tanto, cuando el empleador es cumplidor escrupuloso de su obligación de suministrar seguridad, la responsabilidad en estudio no puede llegar a nacer, al ser la transgresión de la normativa preventiva “*conditio sine qua non*” de la imposición del recargo. Esta sencilla construcción se corresponde bien con una función estimuladora de la observancia de las referidas reglas: si ésta impera, el recargo no podrá devengarse (incluso en términos estrictamente de costes

aspectos concretos del medio en que la prestación se realice ya con infracción de los principios generales de la acción preventiva, que pasamos a examinar seguidamente²⁴⁶.

Es importante partir de una premisa importante: el espacio físico en que la infracción tiene lugar juega un papel determinante en la atribución de responsabilidad, según hemos tratado en apartado anterior. Así, el producido en las instalaciones de otra empresa debe ajustarse a las previsiones del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que impone la cooperación y coordinación entre las empleadoras afectadas²⁴⁷; de donde se infiere que la protección del empresario no está sujeto a condiciones de naturaleza espacial alguna y deben adoptarse las medidas necesarias, *cualesquiera que ellas fueran*²⁴⁸.

Pero además del lugar donde sucede el accidente de trabajo, existe otra variante centrada en el incumplimiento que el trabajador puede llegar a realizar bien por obediencia a las órdenes del empresario bien por negligencia propia. Como vemos las causas del recargo son muy diversas y prolijas y los ámbitos de su nacimiento también quedan sometidos a un sinfín de posibilidades.

3.2.2.1. *Culpa in vigilando*.

Un concepto que encaja perfectamente en el amplio esquema del deber general de protección es el referido a la culpa *in vigilando* del empresario, que tiene lugar en multitud y variedad de supuestos²⁴⁹. Así en materia de subcontratas, la vinculación se

económicos la construcción es clara: invirtiendo en seguridad se ahorra en reparación de siniestros). STSJ Andalucía (Sevilla) de 2 de febrero de 2007 (AS 2007/1591).

²⁴⁵ Cabe apreciar recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad cuando se produce falta de instrucción adecuada sobre el manejo y los riesgos inherentes a la utilización de la máquina. En este sentido se pronuncia el TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 3520/1998 de 26 mayo (AS 1998\3066).

²⁴⁶ También la falta de información sobre los riesgos y medidas a adoptar determina responsabilidad y consiguiente recargo de prestaciones en los supuestos de ausencia de entrega de medios de protección individual contra la exposición al ruido. Así lo considera el TSJ Murcia (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 165/2011 de 7 marzo (JUR 2011\141928).

²⁴⁷ Recientemente la sentencia que dicta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 6 de junio de 2016, recurso de suplicación 1998/2016, actualiza los criterios aplicables en esta importante aspecto.

²⁴⁸ *No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones*. STSJ Cataluña de 16 de febrero de 2009 (JUR 2009/387628).

²⁴⁹ El reciente auto del Tribunal Supremo de 12 de abril del presente año de 2016 (recurso 1753/2015) estudia con sencillez y rotundidad de juicio el alcance genérico del deber de seguridad y la falta *in*

estrecha por exigencia de los principios contenidos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que no dejan de ser generales y siempre sujetos a polémica respecto de su alcance. Porque se enfrenta la seguridad jurídica a la indeterminación de cuál haya de ser ese deber genérico. Las controversias judiciales no cesarán a propósito de esta tensión como bien pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de febrero de 2007 (AS 2007/437) al dejar fuera de responsabilidad solo los accidentes que tienen naturaleza de imprevisibles o inevitables.

Al final, la determinación del recargo puede ser sin más el resultado de una mera intuición sobre los aspectos concretos en que el accidente acontece, porque a los deberes genéricos siempre se podrán sumar aspectos detallados de un concreto reglamento cuya aplicación *ad hoc* pueda forzarse para llegar a conclusiones muchas veces preestablecidas. El empresario siempre procurará trasladar la culpa al accidentado negligente o expresar que el supuesto adolece de un ajustado criterio de tipicidad²⁵⁰, porque ambos factores en mayor o menor medida pueden darse en cuantos accidentes de trabajo acontecen.

El establecimiento de culpa *in vigilando* del empresario puede atribuirse incluso concurriendo culpa del trabajador. Las sentencias de nuestros tribunales son buena prueba de ello cuando entienden que la omisión de medidas de seguridad en cuanto a la información que ha de dar al empleado es susceptible de falta y, en consecuencia, de incremento en las prestaciones. Una vez más nos movemos en el proceloso terreno de la inseguridad jurídica y de los matices en la casuística. En los casos que estudian tales resoluciones son innumerables los supuestos en que el accidente del trabajador se produce concurriendo en su génesis, además de la falta de formación, la de vigilancia del empresario²⁵¹.

Ese deber de vigilancia se acentúa cuando el accidente presenta mayor gravedad; parece como si a mayor daño hubiese necesidad de buscar también -y en correlación

vigilando de una empresa que permite el uso de unos *palés* en mal estado para elevar una bovina de cobre de 300 kilos que termina por romper desestabilizando la carga cayendo sobre el accidentado.

²⁵⁰ La importante sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987 fijó con nitidez el principio de reserva de ley respecto al establecimiento de las infracciones y sanciones, matizándose dicha doctrina en otras posteriores para precisar que no tiene carácter absoluto, por lo que se permite que las leyes hagan remisiones reglamentarias pero sin que las mismas hagan posible una regulación independiente sin subordinación a aquéllas. MORENO GRAU, J. *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales en el Derecho positivo español*, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los riesgos laborales*. Estudios de Derecho Judicial. Madrid, 2007 (p. 88).

²⁵¹ El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social. Sección 1ª) en su sentencia número 88/2016 de 2 de marzo ha resuelto que el uso de una escalera inadecuada como herramienta de trabajo no debe impedir la fijación del recargo si ello comporta infracción del deber de seguridad. Por ello lo entiende procedente cuando la caída acontece desde una escalera no adecuada para el trabajo cuando la empresa incumplió sus obligaciones de formación e información de los riesgos derivados de la utilización de los distintos equipos de trabajo.

con ese resultado- un mayor reproche a la omisión del empresario en su obligación de cuidado incluso en los aspectos más recónditos e intrascendentes de la tarea que se desarrolla. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de julio de 2007 (JUR 2007/364965) aplica sin contemplaciones el artículo 15 de la ley preventiva básica y entiende que los llamados principios de la acción protectora vienen a cubrir cuantos aspectos en oscuro pueden darse para arrojar luz que determinen responsabilidad²⁵². El empresario es el obligado a llevar a cabo la aplicación de las medidas *con arreglo a los principios generales* (¡todos muy genéricos!) *de evitar los riesgos, evaluar los que no se pueden evitar y combatirlos en su origen, adaptando el trabajo a la persona*, aspecto éste que en el fondo obliga a una tarea de permanente control, porque implica diseñar a la carta determinados puestos de trabajos así como elegir los equipos y los métodos de trabajo y de producción. En fin, toda una labor de precisión que difícilmente logra sus exigentes objetivos. Y ello en aras de *atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud*, según expresión literal de la letra d) del referido precepto.

Tales exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores conecta con el artículo 36.5 del Estatuto de los Trabajadores que, en aplicación de igual principio general de adaptación del trabajo a la persona, viene a condicionar los periodos de descanso durante la jornada laboral.

Por ello mantenemos que no solo vincula la consideración a los principios generales de seguridad; también queda comprometida la prospectiva de futuro en la consideración del riesgo: así, la letra e) del artículo que venimos comentando obliga a tener en cuenta la evolución de la técnica, lo que parece incidir en un compromiso de permanente actualización, incluso de anticiparse en los aspectos concretos de sus componentes; efecto éste que supone una vuelta de tuerca y una notable mejoría en los mecanismos de protección, pasando de la mera sustitución de lo peligroso a otro sistema que entraña poco o ningún peligro según refiere la letra f) del precepto. En la misma línea se sitúa la expresión *planificar la prevención* de la que habla el siguiente principio general, que para coronar el techo de exigencia no se limita solo a un esquema de comportamiento preventivo sino que marca un objetivo de altura y de máximos: se trata de buscar un conjunto coherente que integre en ella (en la prevención) la técnica, la organización y el resto de condiciones del trabajo, además de las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales intervinientes.

²⁵² Se decreta la responsabilidad del empresario porque si bien se dice que se ofreció el arnés de seguridad al trabajador accidentado, no se siguió la orden de que lo usara en el momento que se produce el accidente. *No es suficiente que los elementos de protección estén a disposición del trabajador. La empresa debe procurar por todos los medios -incluso los disciplinarios- su efectiva utilización.* (SSTS de 22/04/89, 23/02/94, 28/02/95).

Tan extenso como intenso cuadro de obligaciones para el empresario (que la norma en efecto denomina *principios de la acción preventiva*) se ven enriquecidos por los dos finales, señalados con las letras h) e i), que propician tanto la preponderancia de la protección colectiva sobre la individual como el reinado de la generalidad y el vacío: dar las debidas instrucciones a los trabajadores constituye sin duda un cajón de sastre en que residenciar cualquier contenido, sin alcance ni orientación. O lo que es lo mismo: una condena por anticipado, porque siempre podremos acudir a este eslabón roto para imputar una omisión que no entiende de magnitudes ni concreción alguna.

De igual modo, el derecho a la protección eficaz de los trabajadores y el correlativo deber de seguridad del empresario se ven completados en el marco legislativo por la fijación de otras dos obligaciones para este último que imponen los números 2 y 3 del artículo que venimos tratando: la toma en consideración de las capacidades profesionales de los trabajadores en el momento de encomendarles las tareas supone una vertiente de lo que puede llegar a convertirse en una posterior culpa *in vigilando* por no seleccionar bien el espacio y equivocarse en la asignación de la prestación laboral; y qué decir de la adopción de medidas necesarias que deban garantizar el acceso de trabajadores informados²⁵³ suficiente y adecuadamente a zonas de riesgo grave y específico, calificativo este último que contrasta con el discurso abstracto y de generalización que venimos comentando.

3.2.2.2. *La falta de control en la salud del trabajador.*

También representa una infracción del empresario en cuanto a su deber de protección el seguimiento que debe a la salud de los trabajadores a su cargo²⁵⁴. Es cierto que en este punto el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sujeta dicha función a los riesgos inherentes al trabajo y al consentimiento expreso del trabajador, siempre que no estén comprometidos otros factores vinculados al interés general o a situaciones de riesgo potencial; pero atendiendo criterios estrictamente de salud cabe establecer una relación de causalidad directa entre el empresario que ordena una concreta tarea a sabiendas de que su ejecución está directamente comprometiendo su salud (como obligarle a conducir sabiendo que padece somnolencia²⁵⁵) o en los

²⁵³ La STSJ Cataluña de 28 de enero de 2014 (JUR 2014/50065) en este punto se muestra inflexible: *no constando que el trabajador hubiera recibido formación alguna en relación a su concreto puesto de trabajo de carretillero, sin que a este respecto sea suficiente el que hubiera trabajado con anterioridad en otra empresa como carretillero al desconocerse en qué condiciones realizaba su trabajo y la formación que se le impartió.*

²⁵⁴ Vid. APARICIO TOVAR, J., *Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salubridad en el trabajo, Relaciones Laborales, Tomo I, 1994.*

²⁵⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) sentencia núm. 8463/2009 de 19 noviembre (JUR 2010\87284).

supuestos en que su poder directivo desborda los límites elementales del mismo consintiendo la prestación de servicios en ambientes nocivos o potencialmente peligrosos²⁵⁶. En este punto, los límites al poder directivo del empresario no solo se producen por acción mediante la emisión de órdenes ilícitas sino por actitudes pasivas que pueden constituir infracción de su deber de protección a la salud y que por consiguiente pueden determinar la imposición del recargo²⁵⁷. Esto sucede en el supuesto en que falta una total planificación y evaluación del riesgo en una determinada actividad que conduce a un ostentoso incumplimiento del deber de seguridad, siendo evidente en el caso en que se omiten los preceptivos reconocimientos médicos y no se detecta a tiempo la enfermedad del trabajador²⁵⁸ o se produce una lesión ocular a resultas de la no utilización de gafas protectoras²⁵⁹.

La infracción cabe también someterla a graduación: no solo se incumple ordenando expresamente u omitiendo un deber; también se infringe no cumpliendo del todo o de forma insuficiente lo que se traducirá en mayor o menor responsabilidad atendiendo los distintos factores en concurso. Así sucede en los casos en que se hace tarde un reconocimiento médico causando o complicando la dolencia que ya se presentaba²⁶⁰ o cuando se realiza de forma precipitada o rutinaria sin guardar el debido protocolo²⁶¹.

Como infracción singular se presenta la originada por acoso moral²⁶² o *mobbing* que produce recargo de prestaciones si se constata la omisión por el empresario de su

²⁵⁶ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1627/2010 de 27 mayo (JUR 2010\251365).

²⁵⁷ La falta de realización por parte de la empresa de los correspondientes reconocimientos médicos al trabajador constituye omisión que no arrastra responsabilidad alguna cuando no se evidencia nexo causal con el desenvolvimiento del accidente de trabajo, a juicio de lo declarado por el TSJ Andalucía, Málaga en sentencia núm. 83/2015 de 22 enero (JUR 2015\128307), contrariamente al accidente de trabajador que tiene lugar al introducir su mano por la apertura de una máquina en funcionamiento para retirar un atasco de papel: aquí sí existe responsabilidad empresarial por cuanto las medidas de seguridad laboral deben tener en cuenta la comisión por parte de los trabajadores de errores, descuidos, distracciones o incluso la realización de actuaciones negligentes no temerarias fruto de la confianza y reiteración en la ejecución de las tareas laborales, conforme expresa el TSJ Cataluña en la suya de 19 enero (JUR 2015\60989).

²⁵⁸ Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2159/2010 de 8 julio, (JUR 2011\7569).

²⁵⁹ Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 281/2011 de 27 abril, (JUR 2011\240416).

²⁶⁰ Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 110/2011 de 7 abril (JUR 2011\186602).

²⁶¹ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 24 abril 2007, (AS 2007\2537).

²⁶² En esta materia destacan los trabajos de MONTROYA MELGAR, A., *El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 140, 2008, pp. 763; OLARTE

obligación de salvaguarda de la salud de los trabajadores mediante una actitud pasiva ante el hostigamiento que pueda realizarse en el centro de trabajo, incluyendo a cuantos agentes en dicho ámbito intervienen. No debemos olvidar que en materia de prevención de riesgos laborales el deber de protección del empresario –según venimos examinando- se muestra abierto y prácticamente inacabable; de ahí que exista la necesidad por su parte de adoptar las medidas necesarias, cualesquiera que fueran, como garantía de protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

Desde la STC 160/2007, de 2 de julio, la prevención del riesgo psicosocial forma parte importante del deber de cuidado del empresario, acogiendo situaciones de desequilibrio emocional causadas en el trabajo o a consecuencia del mismo, lo que incluye el trato vejatorio y el vasto conjunto de las enfermedades depresivas que como expresión aguda pueden terminar en el suicidio²⁶³. Muestra de este fenómeno es la STSJ de Galicia número 334//2012, de 25 de enero y anteriormente la dictada por el de Cataluña con el número 5793/2010, de 14 de septiembre, que estudia el llamado *síndrome del quemado* para terminar consolidando el deber general del empresario de velar por la seguridad y salud de los trabajadores pero fundamentalmente por el específico de evaluar los concretos riesgos que en el concreto puesto de trabajo puedan darse. Este criterio ha sido consolidado por el mismo Tribunal en la sentencia número 3861/2012, de 21 de mayo que define el acoso como una *presión maliciosa* que debe mostrar continuidad en el tiempo y distinguirse sobre todo por su efecto degradante para quien la sufre²⁶⁴.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia número 7682/2008 de 15 octubre (AS 2009/08)²⁶⁵, confirmada por el Tribunal Supremo en la suya de 14 de febrero de 2012 (RJ 2012/3764), parte de considerar que el recargo de prestaciones solo procede cuando el empresario tiene un control directo del trabajo realizado por la víctima; en el caso estudiado se trata de una limpiadora que presta servicios fuera del ámbito administrativo y de dirección de la empresa, en concreto en un Hospital con el que se tenía concertado el servicio de limpieza, considerándose por la Sala

ENCABO, S. *Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades*, Temas Laborales, pp. 89; y JURADO SEGOVIA, A. *Enfermedades psicológicas y accidente de trabajo: a propósito de un supuesto de acoso de una trabajadora con dolencias previas*, Aranzadi Social, nº 13, 2009.

²⁶³ Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *El suicidio no es un acto voluntario, sino un accidente laboral (A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social número 11 de Madrid, de 14 de noviembre de 2005)*, Revista de derecho Patrimonial nº 18, 2007.

²⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y SÁNCHEZ PÉREZ J., *El recargo de prestaciones en los supuestos de acoso laboral*. (BIB 2013/433). Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm.83/201311/2013. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona. 2013.

²⁶⁵ Igual criterio sigue la sentencia que dicta seguidamente el TSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 881/2009 de 25 noviembre (JUR 2010/187675).

determinante para apreciar el acoso que *la actividad se lleva a cabo exclusivamente bajo las órdenes e instrucciones del empresario, aunque la presión o el acoso laboral del trabajador* proceda de cualquier responsable de la empresa. Este elemento de dependencia del trabajador en el determinado espacio físico en que la infracción tiene lugar se muestra ajeno a otro elemento sustancial del análisis vinculado a la eventual inexistencia de tipicidad, toda vez solo de forma hipotética cabría mantener que ningún precepto de forma particular puede contener una obligación concreta de prevenirlo.

Los innumerables obstáculos que encuentra la tutela del trabajador frente el acoso laboral, desde el punto de vista de la prevención de riesgos²⁶⁶ y sin perjuicio de atender al origen cierto de la contingencia, vienen siendo últimamente objeto de preocupación y estudio por nuestra doctrina y tribunales, cada vez con perfiles crecientemente singulares y respuestas más complejas y elaboradas²⁶⁷.

3.2.2.3. *Omisión del deber de informar sobre riesgos y medidas a adoptar.*

El artículo 18 de la citada ley preventiva básica regula el deber de informar al trabajador como parte integrante del más genérico de protección establecido en la ley, imponiendo al empresario la obligación de adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban cuantos avisos y advertencias requieran²⁶⁸. Este punto merece especial atención porque del choque de la adecuación y la necesidad no cabe extraer una recta consecuencia. Las medidas que el empresario debe adoptar se

²⁶⁶ Vid. GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *Reflexiones sobre la responsabilidad civil o indemnizatoria por daños de acoso moral en el trabajo*, en CORREA CARRASCO, M. (Coordinador) *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

²⁶⁷ En este sentido, véase el estudio realizado por María José Gómez-Millán Herencia *La incompleta tutela del recargo en supuestos de acoso laboral*. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 7/2012. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona. 2012, que compartimos respecto de su pronóstico de futuro (y cuyos efectos ya son palpables también en el presente) en cuanto al valor que le atribuye al recargo de prestaciones: *está llamado a tener un papel relevante en la prevención y en la tutela de los daños que se puedan originar como resultado del acoso laboral, por su función disuasoria de las conductas hostiles de quienes realizan estos actos de hostigamiento o de quienes consienten este tipo de actitudes lesivas*.

²⁶⁸ La falta de formación e información del trabajador sobre las medidas concretas de seguridad del puesto de trabajo constituye una línea importante de imputación. Así lo ha entendido el TSJ Aragón en sentencia núm. 356/2015 de 5 junio (JUR 2015\155468) y configura el supuesto que estudia la sentencia núm. 3786/2015 de 15 junio (JUR 2015\180241) del TSJ Galicia que estima la procedencia del recargo cuando acontece el fallecimiento por la caída de la carga transportada sobre el trabajador mediando falta de formación del trabajador sobre el lugar a colocarse en el momento de realizar la maniobra por parte de carretillas elevadoras. O cuando existe falta de vigilancia y control de la salud del trabajador con omisión de advertencia para que adopte o utilice los dispositivos de seguridad en la ejecución de un trabajo peligroso; la concurrencia de culpas es criterio que mitiga en buena medida el rigor del incumplimiento y que incide sobre el porcentaje a aplicar como hace en este caso el TSJ Madrid en su sentencia núm. 321/2015 de 29 abril (JUR 2015\133254).

adornan del calificativo de *adecuadas*, lo que implica un ingrediente de ponderación y discrecionalidad; sin embargo cuando se trata de cerrar el argumento, ese criterio de adecuación se rompe y se introduce un elemento de máximo rigor: las informaciones que al trabajador se han de dar ya no son proporcionadas o razonables; ahora se exige que reciban todas las necesarias; es decir, una vez más se pone el nivel de exigencia muy alto²⁶⁹. Pero aquí no radica el problema (pues en materia de seguridad resulta inherente) sino en que se vuelve a incurrir en una defectuosa indeterminación legal que a la postre va a resultar un vivero de conflictividad judicial como la realidad muestra de continuo y enseña la casuística que a continuación vemos. Sobre todo si la adopción de las medidas que se exigen en relación con la información debida tiene un alcance tan genérico como el referido a los riesgos para la seguridad y la salud *de los trabajadores en el trabajo* (sic), tanto aquéllas que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función, en un amplio abanico de medidas y actividades de protección y prevención particulares, incluidas las de emergencia que se contienen en el artículo 20 del texto legal de referencia²⁷⁰.

3.2.2.3.1 En este ámbito, la resolución de los pleitos en la materia siempre son complejos porque los márgenes de actuación son muy extensos y las reglas muy laxas. La muerte de un trabajador por invadir una zona que no ha sido debidamente señalizada, siendo además que su formación es escasa, determinará sin duda la responsabilidad del empresario porque su deber de protección no puede exculparle al venir obligado a adoptar las medidas adecuadas que anteriormente hemos comentado²⁷¹. Tampoco servirá de mucho proclamar la falta de tipicidad o el

²⁶⁹ La puesta en marcha de medidas preventivas en los últimos tiempos dentro del ámbito empresarial posee su vertiente crítica porque aunque se reconozcan sus avances... *no quiere decir que esa integración se haya efectuado de manera efectiva, más bien al contrario: el modelo general de aplicación de medidas preventivas en la empresa se manifiesta irregular y conviven en nuestro mercado empresarial empresas con una integración preventiva notable con empresas a las que las medidas preventivas suponen un lastre, que se soluciona abonando la factura del servicio de prevención ajeno sin que se integre de manera efectiva la adopción de medidas preventivas*. GÓMEZ ARBÓS, J. *Formación preventiva. Concepto y responsabilidades*. Revista Doctrinal Aranzadi Social BIB\2012\30.

²⁷⁰ Es norma básica en el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad que la conducta omisiva de la empresa al no adoptar las medidas preventivas puede representar una elevación o incremento del riesgo de daño para la integridad física del trabajador, máxime cuando acontece su fallecimiento lo que inevitablemente permite establecer la relación causal entre el accidente y la infracción cometida (TSJ Cantabria sentencia núm. 377/2015 de 7 mayo. JUR 2015\159892), de igual modo que debemos establecerla en el el accidente laboral de trabajador que sobreviene cuando manipulaba una máquina de cepillar habiendo recibido la formación preventiva solamente de forma genérica e insuficiente: en estos caso la responsabilidad empresarial es innegable, a tenor de la doctrina contenida en la sentencia núm. 569/2015 de 30 enero que dicta el TSJ Galicia (JUR 2015\53706).

²⁷¹ Es significativo constatar lo clarividente (por su amplitud y vocación extensiva) del párrafo que contiene la sentencia núm. 84/2011 de 31 enero (AS 2011\937), dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4ª) y que expresa (.../...) *En este punto, según criterio jurisprudencial, es cierto que para imponer el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo es preciso un incumplimiento de una norma de seguridad que debe ser identificada* (SSTS

principio de culpabilidad, porque hay argumentos sobrados para efectuar la correspondiente réplica que venga a neutralizar tal aserto. Y en efecto aquí se alza triunfante la naturaleza no estrictamente punitiva del recargo: no rigen los parámetros de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social porque se trata de anudar al deber genérico de protección un resultado dañoso. Por tanto la tipicidad no se da, pero sí se manifiesta un claro margen de inseguridad jurídica que se ve corroborado por la ausencia de imputación al trabajador que no ha sido debidamente informado o que carece de la formación adecuada.

Sin duda el argumento no se detiene aquí sino que sienta una máxima de indiscutible aplicación en materia de recargo de prestaciones: basta la infracción de un deber general de protección para que el recargo se origine²⁷².

3.2.2.3.2 En este apartado, relativo a la ausencia de información, cabe aplicar el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad si se da ausencia de protocolo de actuación ante la realización de actividades no habituales de la empresa sin impartirse instrucciones al respecto, como recoge el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 3071/2012 de 24 abril (AS 2012/2168); también en supuestos de falta de formación e información al trabajador sobre los riesgos y medidas a adoptar en relación con su puesto de trabajo, habiendo superado el procedimiento administrativo el plazo de 135 días establecido para su resolución y conforme a la presunción de certeza que contienen las actas de la Inspección de Trabajo: así se entiende por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 2698/2011 de 17 noviembre (AS 2012/35). Y en materia de accidentes de trabajo también el recargo se impone en el supuesto de acometer una reparación de farola sin desconectar el circuito de mando para cortar la corriente si concurre la debida falta de información, habiéndose emitido órdenes de trabajo genéricas y ante la inexistencia de manual o de normas de procedimiento específicas para cada tipo de intervención, conforme estudia el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social), en su sentencia núm. 84/2002 de 11 febrero (AS 2002/338).

3.2.2.3.3 La omisión de medidas de seguridad en lo tocante al deber de información llega a ser tan exigente que el recargo por infracción de la norma se impone en los

de 28 de Febrero de 1955, 13 de Diciembre de 1966, 20 de Junio de 1967 y 8 de Abril de 1969), pero, igualmente, se ha dicho que el recargo procede no solo para los casos de carencia, inutilización o malas condiciones de «dispositivos de precaución reglamentarios», sino también para la inobservancia de «medidas generales o particulares» de seguridad e higiene en el trabajo.

²⁷² Ello es así porque, como literalmente establece la doctrina jurisprudencial, *no es posible al legislador la concreción de la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando con que se violen las normas genéricas o deuda de seguridad, en ese sentido de falta de diligencia de un prudente empleador, como ya decía la antigua Sentencia de la Sala 6ª del 28 de febrero de 1969 , en el mismo sentido la de 30 de junio de 2003 (RJ 2003/7694).*

supuestos en que se produce el accidente por atrapamiento del brazo del trabajador por máquina hormigonera, aunque no estuviese autorizado para su manejo y sin que hubiese recibido formación en materia preventiva de ninguna clase porque el manual de instrucciones le fue entregado en castellano, idioma que desconocía por su condición de extranjero, según trata el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 152/2010 de 15 enero (AS 2010/1266). De igual modo, en la manipulación de cargas de gran tamaño el hecho de existir falta de información al trabajador sobre las medidas a adoptar para evitar los riesgos implica la consecuencia del recargo a resultas de infracción que se consuma si dicha actividad no está contemplada en la correspondiente evaluación de riesgos²⁷³. En materia de prevención de riesgos laborales, entre las obligaciones del empresario, en lo que respecta al concreto deber de seguridad, poseen un alcance bien concreto: no basta el mero cumplimiento formal de la normativa de seguridad e higiene, sino que exige poner todos los medios posibles para evitar el daño; la evaluación de riesgos, por tanto, ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta las eventuales distracciones y las imprudencias no temerarias de los trabajadores, como recuerda el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 2040/2005 de 7 septiembre (AS 2005\3407)²⁷⁴.

3.2.2.3.4 El recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad cuando se produce por máquinas implica igualmente la protección contra los elementos móviles de la misma; como venimos planteando, la falta de formación e información específica al trabajador constituye causa bastante para producirla, máxime si el trabajador es menor de edad y maneja la máquina cuyo uso tiene prohibido por ley²⁷⁵. Basta pues que exista la debida conexión entre el siniestro y la conducta pasiva del empleador para generar responsabilidad, siendo además que la falta de información sobre los riesgos y medidas inexorablemente deben guardar una precisa relación de causalidad²⁷⁶.

3.2.2.3.5 Además de formación e información a los trabajadores, la deuda de seguridad también alcanza a la provisión de materiales y a la necesidad de facilitar los medios adecuados para desarrollar la actividad laboral sin riesgos, aunque se trate

²⁷³ La falta de evaluación del riesgo y de información sobre el peligro y medidas a adoptar ha sido objeto de análisis por el TSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 7 octubre 2008 (AS 2008\2761).

²⁷⁴ El mismo Tribunal reitera dicho criterio en reciente sentencia que dicta en fecha de 17 de mayo de 2016, al resolver el recurso de suplicación 732/2016.

²⁷⁵ TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 2500/2001 de 16 marzo, (AS 2001\1463).

²⁷⁶ TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 8142/2007 de 20 noviembre, (AS 2007\3593).

de una no contemplada en el documento de evaluación²⁷⁷, imputándose el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad incluso en los supuestos en que se produce un atraco sufrido por auxiliar de caja empleada en un salón recreativo de máquinas de juego y azar; en estos casos cabe también imputar al empresario la falta de una correcta formación e información de los riesgos que el puesto de trabajo conlleva, la inexistencia de una evaluación completa de los mismos y la falta de adopción de las concretas medidas de seguridad y de prevención, como así lo tiene establecido el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia de 12 junio 2013, RJ 2013/5730²⁷⁸.

3.2.2.3.6 Aunque es obvio que el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad posee diferente naturaleza que las sanciones administrativas y penales, la falta de instrucción de los riesgos inherentes a la actividad a realizar, distinta de su ocupación habitual, puede contemplarse desde distintas ópticas que a su vez generen responsabilidades compatibles. Este hecho viene a confirmar que el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad se enmarca en la consideración de un deber de protección incondicionado y, prácticamente, ilimitado²⁷⁹: bastaría solo considerar que se dispensa incluso en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador cuando existe falta no solo de información sobre las prendas y equipos individuales de protección sino de exigencia en el uso de los mismos. Podría contemplarse esta vertiente como expresión inequívoca del carácter sancionador, ínsito en su propia naturaleza jurídica, cuyos efectos se extienden a las sentencias dictadas en distinto orden jurisdiccional. Así los hechos probados de las recaídas en la jurisdicción contencioso-administrativa poseen carácter vinculante y alcanzan a la empresa que, llamada a juicio como codemandada, omite impugnar la resolución administrativa que impone el recargo con la consecuencia de verse impedida en vía de recurso de pedir que se deje sin efecto²⁸⁰.

3.2.2.3.7 La falta de formación del trabajador y de información por parte del empresario sobre los riesgos y medidas a adoptar adquiere peculiaridades especiales en los supuestos fronterizos de cesión prohibida entre empresas del sector de la construcción, por cuanto se impone la responsabilidad solidaria entre la usuaria y la empresa de trabajo temporal en los casos y con alcance que examina el Tribunal

²⁷⁷ TSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 6ª), sentencia núm. 1507/2004 de 13 julio (AS 2004\3847).

²⁷⁸ En esta materia resulta de interés el estudio de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Hablando de prevención de riesgos laborales: el atraco a entidades bancarias como riesgo evaluable*, en Justicia Laboral, revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 38, 2009.

²⁷⁹ Recientemente este criterio lo aplica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 6 de junio de 2016, dictada al resolver el recurso de suplicación número 1916/2016.

²⁸⁰ TSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 549/2007 de 30 mayo (AS 2007\3055).

Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia de 28 junio 2005 (AS 2005/2418).

Finalmente, la omisión del empresario en informar sobre los riesgos específicos del puesto de trabajo puede traducirse también en la imposición del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad en los supuestos en que se produce un atraco sufrido por auxiliar de caja empleada en un salón recreativo de máquinas de juego y azar; en estos casos –decíamos- cabe también imputar al empresario la falta de correcta formación e información de los riesgos del puesto de trabajo, la inexistencia de una evaluación completa de los riesgos laborales y la ausencia de adopción de concretas medidas de seguridad y de prevención del riesgo, como así lo tiene establecido el Alto Tribunal en la sentencia antes referida de 12 junio 2013²⁸¹.

3.2.3 Falta de adecuación al puesto de trabajo

Dispone el artículo 123.1 *in fine* del texto refundido de Seguridad Social que junto a las medidas generales o particulares de seguridad o higiene, debe el empresario guardar la debida observancia de las de *adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador*, expresión legal ésta que nos permite distinguir dos apartados sobre los que dirigir nuestra atención: de un lado, el referido a los aspectos personales; y de otro, el fijado por los criterios objetivos del puesto de trabajo o de las tareas que en el mismo se desarrollan. Ello sin contar con la elasticidad que ya apuntamos respecto del término *adecuación* que viene a determinar un encaje entre ambos aspectos no siempre pacífico, como resulta de los supuestos que a continuación vemos:

3.2.3.1 Por razón de sus características materiales y funcionales.

En materia de formación de los trabajadores es importante destacar que la misma no solo debe centrarse en los aspectos teóricos sino que debe comportar un alcance práctico que le otorgue verdadero sentido. Y la impartición de las instrucciones en tal sentido debe producirse tanto en el momento de contratar los servicios como a lo largo de toda la relación laboral, en especial cuando se produzcan cambios de

²⁸¹ Así, el TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 4213/2012 de 6 junio (JUR 2012\274424) participa de la misma doctrina y declara igualmente la existencia de responsabilidad empresarial por la falta de medidas de seguridad en el trabajo en el accidente laboral sufrido por la trabajadora demandada y la procedencia de imponer un recargo del 30% en las prestaciones de Seguridad Social derivadas de dicho accidente con cargo a la empresa recurrente. Destaca la sentencia al efecto que *es claro que la falta de información y formación a la demandante en materia de seguridad y específicamente en relación al riesgo de atraco están en la causa del accidente sufrido y de las notables consecuencias que para la salud de la demandante ha tenido el trauma sufrido (.../...)*.

cualquier clase en las funciones que se desempeñen o se introduzcan en los equipos de trabajo. Este es el sentido del artículo 19.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que de manera puntual incluye una referencia a las *nuevas tecnologías* que deben ser observadas en todo tiempo como signo de la evolución y constante dinamismo de las relaciones de trabajo. Tal descripción se hace de forma general en el primero de sus párrafos para incorporar otro a continuación que fija la formación en el puesto de trabajo específico que se ocupe o en la función concreta que cada trabajador desempeñe, para con rigor consolidar el criterio de la adaptación permanente a los riesgos que pudieran darse y a la aparición de otros nuevos. Pero fundamentalmente para llevar la exigencia de formación a su repetición periódica *si fuera necesario*, en expresión literal que reafirma su nivel de constancia y trazo grueso.

La omisión de este deber crucial de informar al trabajador sobre los riesgos del puesto de trabajo determina sin duda la imposición del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad cuando el accidente sufrido acontece en labores que, aun no siendo específicas del puesto, sí tienen conexión con las que se ejercitan²⁸², máxime cuando se llevan a cabo por cuenta y orden del empresario.

La falta de formación preventiva que venimos comentando también constituye infracción y puede generar responsabilidad si la adaptación del puesto de trabajo no cumple el objetivo de reducir los efectos perniciosos del mismo en la salud del trabajador²⁸³. Así, la adecuación personal que cita el artículo 123 del texto básico que estudiamos se muestra en el contexto de la inobservancia de medidas por parte del empresario a las características del puesto de trabajo. Este elemento objetivo ya

²⁸² Así sucede en el sufrido por guarda de ganado cuando cortaba leña al determinarse relación de causalidad entre actividad y lesión. El TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), en la sentencia núm. 284/2007 de 31 enero, (AS 2007\3352) lo sintetiza así: *es evidente que aunque su función fuere la de vaquero, guarda de ganado, la de cortar leña no es totalmente ni alejada ni incompatible con aquélla y, repetimos, estaba bajo la dependencia y actuaba por cuenta del empresario al que le incumben las obligaciones que marcan los artículos citados de la Ley especial referida, entre otros el deber de protección frente a los riesgos, de información, vigilancia y demás del art. 14; aplicación de las medidas que integran el deber general de prevención con la evitación de riesgos, del art. 15; la evaluación de riesgos del art. 16; recordemos la sanción administrativa por ello; la formación teórica, realizada aunque fuera por correspondencia, pero no consta la formación práctica que también exige el art. 19; sobre todo con artilugio tan peligroso como el que utilizaba, realizara o no las específicas de su cargo.*

²⁸³ El TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) en sentencia núm. 1944/2013 de 14 marzo (JUR 2013\190120) estudia el supuesto que produce el trabajo monótono y repetitivo de cara a reducir los efectos del mismo en la salud, manteniendo que... *si bien la trabajadora fue ubicada en nuevo puesto de trabajo tras un primer proceso de incapacidad temporal por epicondilitis, en el nuevo puesto continuaba existiendo un riesgo grave para los movimientos.../...Asimismo, la evaluación de riesgos practicada por la empresa no contempló en la mayoría de los puestos analizados el riesgo de movimientos repetitivos y en los que los contempló no identificó la metodología utilizada para su evaluación ni su carácter repetitivo y esfuerzo realizado, valorándose los riesgos derivados de la carga física como leves; esto es, no se llevó a cabo una evaluación ergonómica, con incumplimiento de la normativa preventiva.*

vemos que varía en función de las concretas órdenes del empresario respecto de las tareas a desempeñar; pero cabe también que la infracción tenga lugar por el mero hecho de no atenderse la propia dinámica entre cualidades físicas y naturaleza misma del trabajo. La protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos obliga al empresario a considerar las capacidades profesionales no solo al tiempo de encomendarles las tareas concretas sino a velar por la seguridad más allá de su mera encomienda y mantenerla a lo largo del tiempo de su ejecución. Si importante es la observancia de este deber que impone el artículo 15.2 de la citada ley preventiva, más relevancia adquiere aún la dispensa cualitativa de protección que impone el artículo 25 del mismo texto legal respecto de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y que llega incluso a la prohibición de la prestación de servicios en situaciones de peligro o cuando atraviesan por un estado transitorio de carencia de facultades para llevar a efecto las exigencias que impone la tarea.

3.2.3.2 Por razón de la condiciones personales del trabajador.

El necesario equilibrio que debe darse entre las características objetivas del puesto, según queda expuesto anteriormente, y las condiciones personales del trabajador impone un criterio de adecuación a cargo del empresario que debe mantenerse no solo al tiempo de la contratación de los servicios sino a lo largo del periodo de actividad y durante la ejecución de la misma. La infracción, pues, que por la inobservancia de este principio pueda darse está conectada al deber de protección del empresario en razón a las capacidades y habilidades profesionales del trabajador, a la edad y a su condición física, por cuanto requieren una continua tarea de formación, información y seguimiento conforme a continuación matizamos. La normativa se muestra especialmente tuitiva con quienes llama trabajadores *especialmente sensibles*, incluidos los afectados por alguna clase de discapacidad, e intensifica en particular la protección sobre la maternidad y menores en los artículos 25 a 27 de la ley, igualando en el siguiente los niveles y el control del empleo temporal respecto del estable.

De ahí que exista vulneración de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo cuando se permite el acceso a maquinaria peligrosa de trabajador menor de edad que lo tiene terminantemente prohibido, a lo que hay que añadir tanto la inexistencia de una actuación preventiva de la empresa, manifestada en la falta de realización de la evaluación de riesgos, como la escasa o nula formación en materia preventiva que excluye las meras instrucciones verbales sin posibilidad de constatare formalmente.²⁸⁴ El mismo grado de desprotección al menor de edad se produce

²⁸⁴ Es el supuesto que estudia el TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 2500/2001 de 16 marzo (AS 2001\1463) en que... *se constata que la causa principal del accidente fue la falta de*

cuando se permiten actividades con riesgo no sujetas a la debida supervisión constante del empresario o sus encargados, faltando al deber de previsión necesario²⁸⁵. En estos casos debe tenerse en cuenta además la multiplicidad de funciones que el trabajador poco especializado (y a la vez sujeto bien a contrato temporal bien a uno de naturaleza formativa) puede llegar a realizar debido a la indeterminación de contenidos y tareas; tal hecho exigirá una formación e información específicas de todos los puestos de trabajo que ocupasen, lo que sin duda viene a hacer más visible la eventual infracción que se agrava por la minoría de edad del trabajador a la que la normativa de prevención dispensa una especial tutela y que no puede ser desconocida por la empresa²⁸⁶.

Finalmente, el principio de adecuación entre el concreto puesto y las condiciones del trabajador se incumple cuando la adscripción a uno determinado resulta manifiestamente incompatible con sus cualidades y aptitudes personales: ya hemos visto que el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone al empresario el deber de velar por la salud de los empleados a su servicio garantizando la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Partiendo de su carácter voluntario, no hay resquicio alguno para excusar el reconocimiento médico si ello está vinculado a la evaluación del riesgo específico del puesto o está en juego la salud personal o colectiva. Consecuente con este imperativo, se encuentra el necesario deber de ajustar el contenido del contrato a las limitaciones de salud que el trabajador pueda presentar conforme al principio de

medidas de protección colectiva contra los elementos mecánicos móviles adoptados en la máquina paletizadora, que hubiera impedido el acceso al interior, o en el caso de acceder, se hubiera parado automáticamente la máquina.. Los hechos expuestos constituyen una infracción en materia de riesgos laborales por contravención del número 8 del apartado primero del anexo I del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo (BOE de 7 de agosto de 1997) en relación con los artículos 16, 19 y 27 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE del 10) y con el artículo 1. c) del Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a menores (BOE del 26 de agosto).

²⁸⁵ Procede el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad cuando el accidente de tráfico de menor adscrito a trabajos de reparto tiene lugar empleando un ciclomotor suministrado por la empresa. En este supuesto que estudia el TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1054/2010 de 19 abril, (AS 2011\38) se entiende que *la empresa cometió infracción en materia de prevención de riesgos laborales consistente en que adscribir a un menor de edad, contra una prohibición legal, a trabajos de reparto de repuestos para la automoción empleando un ciclomotor de reparto suministrado por la empresa empleadora, por lo que, con independencia de otras circunstancias que pudieran haber concurrido en el accidente de tráfico, es claro el nexo de causalidad entre la infracción y el daño*, situación que deriva a la imposición del recargo de prestaciones.

²⁸⁶ El artículo 1 c) del Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a menores impide, con carácter general, a quienes no hayan alcanzado la edad de dieciocho años *el manejo de prensas, guillotinas, cizallas, sierras de cinta o circulares, taladros mecánicos y, en general, cualquier máquina que por las operaciones que realice, las herramientas o útiles empleados o las excesivas velocidades de trabajo represente un marcado peligro de accidentes, salvo que éste se evite totalmente mediante los oportunos dispositivos de seguridad*, en fórmula tan abierta y contradictoria como inestable.

capacidad profesional que establece el apartado 2 del artículo 15 del mismo texto legal, en relación con el deber de información que el apartado siguiente de igual precepto contiene. Y tal objetivo se cumple permitiendo el acceso a las zonas de riesgo grave y específico solo a quienes hayan recibido instrucciones en tal sentido suficientes y adecuadas.

En ese sentido, resultan paradigmáticos los supuestos en que el trabajador accidentado padece una grave enfermedad que le impiden el desempeño de determinados trabajos con especial peligro y que en la dinámica de la relación laboral es trasladado de puesto sin recibir información alguna. Siendo la lesión conocida por la empresa, debe impedir la nueva tarea si ello comporta riesgo de accidente porque tal omisión en su deber de vigilancia implica infracción específica que se agrava si faltan los medios de protección individuales y colectivos, incidiendo su gravedad en el porcentaje del recargo²⁸⁷, como tuvimos ocasión de exponer antes al tratar su determinación como rasgo básico del concepto y después analizaremos al fijar el de reparación íntegra.

4.- INTERVENCIÓN DEL TRABAJADOR.

En la producción del riesgo profesional no solo se advierte la huella del empresario. El amplio escenario de infracciones en materia de seguridad laboral se centra sobre todo en la persona del obligado a proteger; pero en determinados supuestos -en mayor o menor medida- también el trabajador interviene directamente en su génesis configurando a menudo unas consecuencias que pasamos seguidamente a examinar.

4.1 Planteamiento general.

La falta de formación e información al trabajador puede determinar en ocasiones su imprudencia en la ejecución de las tareas que tenga encomendadas; pero ello no exime de responsabilidad empresarial en materia de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad²⁸⁸.

²⁸⁷ El TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección Única), en su sentencia núm. 703/2003 de 21 febrero (AS 2003\3105), trata el caso de trabajador que *desde el inicio de su relación laboral había puesto en conocimiento de la empleadora que padecía una epilepsia, lo que fue constatándose en los diferentes reconocimientos médicos que ésta realizó. Por la reseñada causa se le asignó un puesto de trabajo en el que no tenía que llevar a cabo trabajos en altura. No obstante, por necesidades del servicio fue trasladado a la zona de obras a un puesto de trabajo en el que se precisaban realizar tareas en alturas y, al cabo aproximadamente de un mes, el 21 de febrero de 1996 sufrió un accidente de trabajo, al caer desde un motor para un buque en construcción, al que había tenido que subir para desligar unos cables, sin que constase con medio de protección alguno.* El relato fáctico no deja lugar a la infracción que sanciona y a la consecuente imposición del recargo.

²⁸⁸ El mismo Tribunal, en sentencia núm. 801/2007 de 27 febrero (AS 2007\1577), determina la procedencia del recargo en accidente sufrido por la realización de trabajos en altura adoleciendo el

Aunque después será objeto de tratamiento separado, la concurrencia de culpas entre la imprudencia no temeraria del trabajador y el incumplimiento de normas básicas de seguridad por parte del empresario no impide ni la infracción ni el consiguiente recargo de prestaciones²⁸⁹, incluso tratándose de la mera omisión de medidas preventivas²⁹⁰. Pero con carácter previo, debemos sentar una diferencia importante entre las distintas clases de imprudencia y dejar bien fijado que solo la calificada como temeraria evita la responsabilidad de la empresa y la existencia de infracción²⁹¹.

En efecto, procede el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad cuando se produce un atropello por carretilla no estando debidamente señalizada su zona de actuación y no siendo audibles las señales acústicas cuando están en funcionamiento las máquinas. En este caso la confianza generada en el trabajador por la reiteración del trabajo y que le llevó a agacharse, no siendo visto por el conductor, no puede calificarse como imprudencia temeraria, por cuanto solo se trataría de accidente fatal que pudo evitarse de hacer útiles las advertencias sonoras, bien incrementando su intensidad bien aminorando el ruido procedente de la maquinaria. En definitiva, se aprecia responsabilidad del empresario y si bien el trabajador pudo esmerarse en la atención, se entiende que la confianza no alcanza nivel ni grado alguno de imprudencia²⁹².

De igual modo se disculpa el comportamiento del trabajador cuando al no disponer la línea de envasado de cerveza de los elementos de protección incurre la empresa en déficit de vigilancia al permitirle realizar una maniobra potencialmente peligrosa sin

cinturón de seguridad de falta de anclaje durante el descenso. Y en el mismo sentido, la reciente sentencia que dicta el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 5 de mayo de 2016, en el recurso de suplicación 1327/2015, por no haber recibido la formación precisa ni disponer de los medios de protección adecuados.

²⁸⁹ Así lo entiende el TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), en sentencia núm. 273/2012 de 30 marzo, (JUR 2012\254686). Igualmente es responsable el empresario que, en una obra de instalación de electricidad, no comprueba la retirada de materiales, herramientas y trabajadores en el momento de reposición de la tensión, causando el accidente: TSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1433/2012 de 11 mayo (AS 2012\1664).

²⁹⁰ TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), sentencia núm. 838/2011 de 23 diciembre, (JUR 2012\25945).

²⁹¹ La imprudencia temeraria es cuestión que la doctrina entiende debe plantearse desde postulados que no contemplen la colisión entre culpa del trabajador y responsabilidad objetiva del empresario, sino a la luz de los principios constitucionales y del propio desarrollo de los sistemas públicos de protección. En este sentido lo tratan RODRIGUEZ-PINERO y BRAVO FERRER, M., en *Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo*, VV.AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.) *Cien años de Seguridad Social*. La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

²⁹² TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1906/2013 de 20 marzo, (AS 2013\1445).

haberse colocado los medios individuales de protección ocular. Dicha omisión se acentúa si la misma se produce en presencia de un superior jerárquico; de ahí que no quepa apreciar la existencia de una imprudencia temeraria del trabajador. Los matices de apreciación modulan el porcentaje del recargo en atención a la gravedad de la falta como analiza el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en sentencia número 825/2013 de 7 marzo (AS 2013/1563), siendo determinante del mismo tanto la falta de coordinación empresarial en materia de prevención de riesgos como la ausencia de información al trabajador y falta de señalización y vigilancia que pueda darse en el centro de trabajo y durante la ejecución de la tarea que produce el accidente²⁹³.

Las diferencias entre la imprudencia profesional y la temeraria cuando concurren máquinas en las que se da la debida falta de medidas de protección vienen generando una prolija casuística²⁹⁴. Y no puede olvidarse que el deber de protección del empresario también se extiende a situaciones en que fracasa un comportamiento activo en la vigilancia de las condiciones en que el trabajo se presta, incluso en situaciones en que se realice bajo el influjo de bebidas alcohólicas²⁹⁵. De donde cabe deducir que únicamente la imprudencia temeraria del trabajador exime de responsabilidad empresarial²⁹⁶.

4.2. La imprudencia profesional no desplaza la responsabilidad.

En materia de prevención de riesgos laborales venimos comentando que los deberes del empresario poseen un amplio alcance: incluso pudiera decirse que el deber de protección resulta sin condiciones ni límites; la necesaria relación de causalidad que

²⁹³ El TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 891/2010 de 2 marzo, (AS 2010/953), se pronuncia por la inexistencia de imprudencia temeraria en trabajador que bajo la influencia de bebidas alcohólicas es atrapado por un tubo de hormigón durante su colocación en la obra, apreciando falta grave en la conducta del empresario y determinando un recargo con porcentaje del 40%.

²⁹⁴ Contra el riesgo de atrapamiento, ver TSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2008/2008 de 18 junio (AS 2008/2128); y para afianzar el principio según el cual la imprudencia del operario no exime de responsabilidad a la empresa en los supuestos de omisión de medidas preventivas, TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1555/2012 de 24 febrero (JUR 2012/158267).

²⁹⁵ El TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 2326/2011 de 12 abril (AS 2011/2163) impone el recargo por apreciar una infracción genérica de deber de seguridad así como culpa *in vigilando* del empresario, en el accidente ocurrido cuando el trabajador manipulaba una plancha metálica de elevado peso que se apoyaba en la pared sin sujeción alguna, estando aquél realizando dicha manipulación en estado ebrio.

²⁹⁶ También el TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1401/2009 de 26 marzo, (AS 2009/1594), impone el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad cuando el accidente de trabajo tiene lugar en máquinas que adolecen de las debidas medidas de protección contra el riesgo de atrapamiento.

en el accidente de trabajo debe existir se extiende también en los supuestos de contrata o subcontrata, de forma que el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad debe sujetarse al necesario requisito de información y coordinación entre la empresa principal y la subcontratada aun en los casos de inexistencia de evaluación de riesgos²⁹⁷, procediendo la aplicación del recargo también por la ausencia de protocolo de actuación ante la realización de actividades no habituales de la empresa sin impartirse instrucciones al respecto²⁹⁸. Pero siendo ésta la premisa, cabe un desplazamiento de responsabilidad desde el titular de la empresa hacia sus propios trabajadores en el deber de vigilar; así, la caída desde una estantería a la que se accede encaramándose por el lateral, en lugar de utilizar la oportuna escalera, determina que quepa apreciar una conducta imprudente del encargado que, lejos de vigilar y corregir la actitud del trabajador, coadyuva en la producción del accidente²⁹⁹.

Otros supuestos que corroboran el principio conforme al cual la imprudencia no temeraria del trabajador no exime de responsabilidad empresarial son éstos con referencia al tribunal emisor:

- El atrapamiento por rodillo de cinta transportadora, cuando se realizaban trabajos de desbloqueo del mismo retirando la cubierta de seguridad, sin adoptar otras medidas que aseguraran la parada de la máquina, es el caso que estudia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia número 5113/2011 de 15 julio (AS 2011/2744).
- La amputación de dedos con máquina serradora que carece de algunos dispositivos de seguridad, es el cuadro que se presenta al Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y trata en su sentencia número 267/2011 de 14 julio (AS 2011/2728).
- La caída de la cubierta de un edificio, concurriendo falta de protección perimetral, inexistencia de líneas de vida o de puntos sólidos para el anclaje de cinturones de seguridad y una instalación incorrecta de las redes de seguridad, constituye el litigio a resolver por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid en la sentencia de 29 junio 2011 (AS 2011/1955).
- La utilización de una plataforma no adecuada al trabajo a realizar integra el supuesto que afronta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia

²⁹⁷ El TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 7235/2004 de 20 octubre, (AS 2004\3551) determina la responsabilidad solidaria del contratista y del empresario principal aunque el trabajador no llevara puesto ni el casco ni el cinturón de seguridad.

²⁹⁸ TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 3071/2012 de 24 abril (AS 2012\2168).

²⁹⁹ TSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 46/2012 de 10 febrero, (AS 2012\263).

número 3736/2011 de 26 mayo (AS 2011/2265) y los daños causados por descarga eléctrica, el de Madrid en la suya con número 362/2011 de 31 marzo (AS 2011/2420).

- El accidente sufrido por conductor de autobús al intentar, siguiendo instrucciones de la empresa, retirar manualmente la rampa de acceso para minusválidos que se había bloqueado es la realidad que conforma el enjuiciamiento de la sentencia número 765/2010, de 3 noviembre (AS 2010/3107), que dicta el tribunal autonómico aragonés.

- Las obligaciones de las empresas de trabajo temporal y usuaria en materia de prevención de riesgos laborales originan recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad cuando el trabajador no cualificado contratado como mozo de almacén es cambiado por la empresa usuaria de puesto de trabajo y pasa a desempeñar funciones de carretillero mediante el empleo de un aparato elevador sin recibir formación para su manejo e incumplimiento de las normas de seguridad y salud; en este caso solo se da responsabilidad exclusiva de la empresa usuaria sin que quepa apreciar imprudencia temeraria del trabajador (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia número 36/2010 de 10 febrero. AS 2010/1009).

- La caída en el interior de un recipiente para hervir piezas por resbalón con ausencia de medidas de seguridad suficientes para evitarla (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia número 7647/2008 de 14 octubre. AS 2008/3191) y el accidente en máquina sembradora desprovista de sistema de alerta previo a su puesta en marcha y de instrumento para limpiar la tolva sin introducir dentro la mano (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, sentencia núm. 363/2008 de 31 enero. AS 2009/904).

- La caída en foso durante operaciones de limpieza del mismo concurriendo la falta de medidas de seguridad y método de trabajo inadecuado; y el cumplimiento de la orden de la empresa de limpiar una máquina en marcha no implican imprudencia temeraria de la trabajadora, conforme a los casos estudiados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sus sentencias números 1928/2006 de 2 marzo (AS 2006/2142) y 3847/2013 de 31 mayo (JUR 2013/260266).

- La labores de colada en una fundición realizadas por encargado que no tiene encomendadas dichas funciones y sin adoptar las mínimas pautas de protección configuran el supuesto al que pone solución la sentencia de 1 junio 2005 que dicta el tribunal superior vasco (AS 2005\2124) y la descarga de *palés* en empresa dedicada a la producción y comercialización de productos, accionando la carretilla que los transportaba sin comprobar que hay trabajadores en los alrededores o apoyarse en el *palé*, el de igual clase de Cataluña en la suya con número 4120/2012 de 1 junio (AS 2012/2337).

- Finalmente, la introducción de la mano en máquina para desbloquearla que constituye conducta habitual no corregida por la empresa resume el caso litigioso que resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en la sentencia número 1442/2007 de 3 mayo (AS 2007/3296). Además, como cabe comprobar, el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad puede tener origen no solo por la conducta del trabajador accidentado sino por la imprudencia de un compañero³⁰⁰, que en ocasiones concurre con la culpa *in vigilando* del empresario³⁰¹, a cuyos postulados y consideraciones *ut supra* nos remitimos.

4.3. Cuando la conducta imprudente es tolerada.

Es principio general en esta materia que la inobservancia de medidas adecuadas, aún no impuestas con carácter general o particular, debe considerar tanto las circunstancias del centro o puesto de trabajo como la diligencia exigible a un empleador sensato. Y desde esta premisa cabe entender que es obligada la adopción de un sistema de protección en el centro de trabajo que haga imposible la ejecución de maniobras imprudentes por parte de quienes participan en su ejecución. Así planteada la cuestión, cabe reiterar como argumento de fuerza que el deber de protección se muestra expansivo y, por qué no decirlo, sin techo ni límite algunos en la práctica.

Venimos manteniendo que el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad debe estar motivado por la infracción del empresario y mantener la debida relación de causalidad entre la misma y el resultado dañoso. Y ello, aunque (como antes hemos ilustrado) medie imprudencia no temeraria del trabajador y (expresamos ahora) constituya conducta tolerada por la empresa³⁰². Sobre este particular conviene hacer las siguientes consideraciones:

- Toda práctica peligrosa consentida por la empresa debe adoptarse con las oportunas medidas protectoras que puedan hacerla inviable³⁰³.
- Las manipulaciones de los dispositivos de seguridad deben entrañar la exclusiva responsabilidad empresarial aunque concurra culpa o imprudencia

³⁰⁰ El TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 4224/2008 de 12 noviembre (AS 2009\772) estudia el accidente acaecido en una zanja donde hay carencia de topes para evitar la caída de la maquinaria por su manipulación incorrecta, concurriendo falta de formación en el trabajador.

³⁰¹ En el caso que analiza el TSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª), en la sentencia núm. 365/2006 de 31 marzo (AS 2006\1450), se da la imprudencia de un compañero de trabajo por la manipulación incorrecta de carretilla auto-elevadora.

³⁰² Véase la sentencia de 21 noviembre 2000 del TSJ País Vasco (AS 2001\2968), a propósito de la limpieza de maquinaria con omisión de medidas preventivas.

³⁰³ TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 4826/2000 de 1 junio (AS 2000\2951).

del trabajador³⁰⁴.

- La conducta tolerada presupone la inexistencia de imprudencia temeraria³⁰⁵ y un importante efecto de agravación tanto en la responsabilidad del empleador como en el porcentaje del recargo de prestaciones³⁰⁶, que alcanza incluso al superior jerárquico que ayuda y favorece la producción del resultado lesivo³⁰⁷.
- La repetición de una conducta de imprudencia del trabajador que no es obstaculizada o impedida por la empresa influye en la cuantía del porcentaje aplicable en el recargo, rigiendo el principio de compensación de culpas en la determinación de responsabilidad³⁰⁸.
- La imprudencia del trabajador que encuentra apoyo en una actitud complaciente del empresario generalmente se hace acompañar de una instrucción previa insuficiente a cargo de este último que termina por generar su responsabilidad en el accidente³⁰⁹.
- La falta de control en la utilización irregular de los útiles, herramientas y maquinaria susceptibles de producir accidentes por parte de los trabajadores equivale a la omisión de las medidas de seguridad en el marco del deber general de protección a que el empresario viene obligado a prestar³¹⁰.
- En materia de prevención de riesgos laborales constituye obligación del empleador prever las imprudencias temerarias que pudiesen cometer los trabajadores³¹¹.

4.4. Concurrencia de culpas.

Es éste un factor de interés que tiene como resultado atemperar las responsabilidades en concurso y que en el caso del porcentaje del recargo de prestaciones opera para aminorarlo³¹². Siempre cabe encontrar culpa en la comisión del hecho por parte del

³⁰⁴ JS Valencia (C. Valenciana), núm. 4, sentencia núm. 38/2001 de 7 diciembre, (AS 2002\272).

³⁰⁵ TSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 1 diciembre 2004, (AS 2004\4022).

³⁰⁶ TSJ Aragón (Sala de lo Social), sentencia núm. 255/2001 de 12 marzo, (AS 2001\1959).

³⁰⁷ TSJ País Vasco (Sala de lo Social), sentencia de 27 marzo 2001, (JUR 2001\300543).

³⁰⁸ TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 6157/1998 de 15 septiembre, (AS 1998\3944).

³⁰⁹ TSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social), sentencia de 10 septiembre 1998, (AS 1998\4058).

³¹⁰ JS Alicante (C. Valenciana), núm. 6, sentencia núm. 335/2003 de 14 noviembre (JUR 2004\9896).

³¹¹ TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1888/2004 de 4 marzo, (JUR 2004\119451).

³¹² Los trabajos en las proximidades de vía de ferrocarril con ausencia de señal permanente que advierta de la inmediatez del riesgo en concurrencia de culpas implica la imposición del recargo en

trabajador negligente; pero también hay espacio -por estrecho que sea- para la omisión de alguna medida de seguridad por parte del empleador y por tanto para constatar la existencia de quebranto a su deber general de protección³¹³.

Porque no basta con que el empresario ordene la ejecución del trabajo de una determinada manera, sino que debe prohibir la ejecución de tareas peligrosas sin medidas de protección, vigilar que sus órdenes se cumplan especialmente cuando aquéllas entrañen verdadera amenaza y, en definitiva, formar a los trabajadores en los métodos de trabajo y el uso de las medidas de seguridad, destinándoles a los trabajos para los que están formados y no para otros distintos cuyos riesgos no hayan sido evaluados o puedan ignorarse. Este cruce de caminos de obligaciones y derechos da paso a un crisol de situaciones y tonalidades de lo más variopinto como a lo largo de este apartado se refleja³¹⁴.

Es, como venimos diciendo, la determinación del porcentaje en el aumento de las prestaciones donde de manera más visible incide el concurso de culpas, en función del grado ya de imprudencia ya de omisión de medidas. De este modo procede en su término medio cuando el nivel de ambas responsabilidades se da de forma equilibrada, variando en una escala movable entre el 30 y el 50 por ciento que en el artículo 123 de la Ley General de Seguridad Social se contiene³¹⁵. También en este apartado podemos extraer una serie de conclusiones sobre los criterios que la doctrina legal viene estableciendo en una tan variada como extensa casuística³¹⁶:

grado mínimo, siendo que la prevención de riesgos laborales constituye obligación del empresario así como la evaluación de riesgos mediante el correspondiente plan de seguridad y salud, que a su vez debe contemplar todas las actuaciones a desarrollar. Así lo determina el TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección Única), en su sentencia de 3 febrero 2003 (AS 2003\1315).

³¹³ En el mismo sentido se expresa el TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 7211/2003 de 19 noviembre (AS 2003\4165), cuando aprecia concurrencia de conductas, culpa *in vigilando*, imprudencia del trabajador y carencia de medidas de seguridad, con pronunciamiento del porcentaje aplicable.

³¹⁴ La ponderación entre ambos factores, ya concurrentes ya antagónicos, constituye el objeto del estudio de GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J. *Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por los daños ocurridos en el lugar de trabajo*. Revista Doctrinal Aranzadi número 15/2010, BIB\2010\2464.

³¹⁵ Es procedente un recargo del 40% si se da concurrencia de falta de medidas de seguridad en el montacargas utilizado e imprudencia del trabajador, conforme estudia el TSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 502/2012 de 28 junio, (AS 2012\2763).

³¹⁶ La reciente sentencia que dicta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 1069/2016, de 17 de febrero resume y actualiza este particular aspecto, entendiendo procedente el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad al concurrir imprudencia del trabajador con incumplimiento de medidas de seguridad por parte la empresa.

- El concurso ha de establecerse entre la imprudencia no temeraria del trabajador y cualquier clase de omisión de medidas de seguridad o incumplimiento de normas básicas por parte del empresario³¹⁷.
- En la concurrencia de culpas juega un papel preponderante la falta de formación del trabajador³¹⁸.
- También debe considerarse el deber de colaboración que el propio empleado tiene que asumir en la prevención de riesgos laborales³¹⁹.
- El elemento de reciprocidad está presente en la práctica totalidad de los accidentes, porque de un lado el trabajador puede hacer un esfuerzo en contraer su nivel de confianza y a la empresa, de otro, siempre le es exigible extender su celo en el cumplimiento eficaz y seguro de la tarea que se encomienda³²⁰.
- No es tanto establecer una tensión entre los dos polos enfrentados (negligencia frente a infracción) como de atender a la totalidad de las circunstancias concurrentes³²¹.
- La imprudencia temeraria del trabajador ha de ser manifiesta y abierta sin dejar duda razonable alguna en su consideración³²².

³¹⁷ Así, en los trabajos que se realizan en instalaciones de baja tensión al no comprobar la retirada de materiales, herramientas y trabajadores en el momento de reposición de la tensión. TSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1433/2012 de 11 mayo, (AS 2012\1664).

³¹⁸ El recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad procede cuando el accidente se produce en máquina que presenta un cilindro sin protección y sin mecanismo de parada de emergencia, siendo destacada la falta de formación del trabajador; se impone por ello recargo del 40% en función de la concurrencia de culpas que se observa. TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 2ª), sentencia núm. 1260/2008 de 23 abril, (AS 2008\2580).

³¹⁹ En los aparatos de elevación y transporte de carga el funcionamiento irregular de las puertas del montacargas debe ser comunicado por parte del trabajador a la empresa. TSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2626/2007 de 16 octubre (AS 2008\144).

³²⁰ La falta de protección contra elementos agresivos es buen ejemplo de este aserto por concurrencia de culpas; en este caso la imprudencia del trabajador determina el recargo mínimo. TSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 165/2004 de 3 marzo, (AS 2004\1944). En igual sentido se expresa la emitida por el TSJ Galicia (Sala de lo Social), sentencia de 23 febrero 2002, (AS 2002\765) que aprecia existencia de nexo causal entre los huecos y aberturas en una construcción y la ausencia de barandillas, rodapiés o red protectora: existiendo concurrencia de culpas también se opta por fijar los efectos del recargo en su porcentaje mínimo.

³²¹ De este principio hace aplicación rigurosa el TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), en sentencia núm. 3927/2000 de 19 octubre (AS 2001\3117) que así lo expresa: (.../...) *el trabajador cayó desde una altura de 5,5 metros porque no tenía anclado el cinturón de seguridad, y estaba realizando unos trabajos en altura que obligaban inexcusablemente a utilizar dicho cinturón, por lo que antes de dejar que el trabajador o bien continuase trabajando o bien se dispusiese a cumplir sus instrucciones para montar debidamente el andamio, según parece derivarse del hecho probado cuarto, el encargado de la obra debió exigir el anclaje del cinturón antes de permitir cualquier movimiento del operario, utilizando si fuese preciso la potestad disciplinaria, como manifiesta el Tribunal Supremo en las sentencias citadas, pero no marcharse y dejar a los operarios subidos a la altura sin el correspondiente anclaje del cinturón de seguridad, incumpléndose así el deber de vigilancia,*

- Incluso en situaciones de accidente por influjo de bebidas alcohólicas del trabajador cabe aplicar infracción del empresario y deducir el recargo³²³.

4.5. Especial referencia a la embriaguez y otros supuestos concretos.

4.5.1. Enlazando con el último punto del apartado anterior, el referido a la imprudencia en trabajador ebrio, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2007 (RJ 2007/2048), recuerda el criterio sentado en la anterior de 31 de marzo de 1999 (RJ 1999/3780), esto es, que en relación con el binomio consumo de alcohol/accidente no se puede hacer una declaración general sobre si una determinada tasa de alcoholemia puede identificarse con el eslabón que rompe la relación de causalidad. Tal principio determina que la imprudencia deba relacionarse con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso, siendo esas particularidades concurrentes las que el juzgador debe apreciar en cada caso concreto para determinar si existe o no causa de imputación responsable³²⁴. Por ello, el análisis de la posible existencia de una imprudencia temeraria ha de pasar forzosamente por el examen de elementos personales relacionados con diversos factores, que además excluyan la existencia de las demás modalidades de imprudencia, incluida la profesional, cuya concurrencia no impediría la referida calificación.

Siguen esta doctrina (en el estricto ámbito del recargo de prestaciones por omisión de medidas preventivas y de seguridad en trabajador bajo la influencia de bebidas alcohólicas³²⁵) la sentencia número 997/2005 de 3 octubre (AS 2006/18) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y la emitida por igual órgano jurisdiccional de Cataluña en su sentencia número 3443/2010 de 10 mayo (AS 2010/185) que estudia

³²² La caída desde la cubierta de la nave por rotura al pisar una de las placas traslúcidas, concurriendo la falta de formación adecuada y de medidas de protección individuales y colectivas, implican de un lado un incumplimiento por el trabajador de las órdenes dadas de ejecutar el trabajo desde el andamio interior, pero no supone imprudencia temeraria, por lo que procede la imposición de un porcentaje en el recargo del 30%. TSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2123/2011 de 5 julio (JUR 2011\338894).

³²³ Las diferencias entre la imprudencia profesional y la temeraria para determinar el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad quedan establecidas de forma nítida por el TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 3689/2010 de 18 mayo (AS 2010\2099), que en el estudio de un supuesto de caída desde la cubierta de la nave no existiendo anclajes, ni cinturón de seguridad ni ningún otro elemento de protección de carácter individual o colectivo, aprecia infracción al deber general de protección, estando el trabajador bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

³²⁴ Así hace el TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), sentencia núm. 87/2009 de 9 febrero, (AS 2009\1416) cuando aplica el recargo de prestaciones en supuesto de concurrencia de culpas por falta de medidas de seguridad e intoxicación etílica del trabajador, con declaración de responsabilidad solidaria tanto del contratista como del empresario principal.

³²⁵ El probado estado de embriaguez del trabajador no exime de responsabilidad la conducta por omisión de medidas con cargo al empresario infractor al existir incumplimientos de medidas de seguridad en lugares de trabajo con ausencia de barandillas que evitaran el accidente. TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1207/2011 de 11 mayo, (JUR 2011\327443).

el supuesto de falta de pórtico de seguridad para el caso de vuelco en el tractor y desestima la imprudencia temeraria del trabajador por conducción del mismo produciéndose el accidente de trabajo; también la del Tribunal de igual clase de Galicia en la suya con número 891/2010 de 2 marzo (AS 2010\953), que analiza el aplastamiento por un tubo de hormigón en una zanja concurriendo falta de coordinación empresarial en materia de prevención de riesgos, ausencia de información al trabajador y falta de señalización y vigilancia durante la colocación de los tubos. Tampoco en este suceso existe imprudencia temeraria del trabajador pese a constatarse que el accidente se produjo bajo la influencia de bebidas alcohólicas³²⁶.

4.5.2. Otros supuestos concretos vienen dados por el medio en que tiene lugar el accidente o por las especiales circunstancias en que se produce el mismo, que seguidamente destacamos:

- En la caída al mar del trabajador y compañero que salta con la intención de salvarle, se aprecia omisión de medidas preventivas por parte de la empresa e inexistencia de ruptura del nexo causal por lo que el recargo debe mantenerse en relación con ambos causantes. Así se dispone por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia número 477/2010 de 9 febrero (AS 2010/1085).
- En caso de contrata o subcontrata y ante la situación inexistencia de evaluación de riesgos y de actividades de información y coordinación entre la empresa principal y la subcontratada se entiende que existe responsabilidad solidaria de ambos en accidente en que el trabajador no lleva puesto ni el casco ni el cinturón de seguridad, conforme a la doctrina contenida en la sentencia número 7235/2004 de 20 octubre que dicta la Sala de lo Social del máximo órgano judicial de Cataluña (AS 2004/3551).
- Las condiciones de seguridad y salud respecto de los equipos de trabajo y la adopción de medidas impuestas por los avances tecnológicos determinan la obligación del empresario de perfeccionar los niveles de protección existentes, por lo que responde de la falta de instalación de dispositivos bloqueadores en prensa a fin de evitar distracciones del trabajador, como

³²⁶ En igual sentido se expresan el TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 682/2012 de 30 enero (AS 2012\52) en que se impone el recargo por infracción normativa sobre los trabajos en altura en la caída del trabajador por el hueco del encofrado, en el que no existían barandillas de seguridad ni se utilizaban medios de protección personal, sin que el hecho de que aquel estuviera realizando su trabajo bajo la influencia de bebidas alcohólicas exima de responsabilidad a la empresa; la que dicta el TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2326/2011 de 12 abril (AS 2011\2163), por apreciar una infracción genérica de deber de seguridad así como culpa *in vigilando* del empresario, en el accidente ocurrido cuando el trabajador manipulaba una plancha metálica de elevado peso, que se apoyaba en la pared sin sujeción alguna, estando aquel realizando dicha manipulación bajo el influjo del alcohol, y la de la Sala de lo Social, Sección 1ª, también del TSJ Cataluña, en sentencia núm. 3689/2010 de 18 mayo (AS 2010\2099) que estudia las diferencias entre la imprudencia profesional y la temeraria imponiendo el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad al producirse caída desde la cubierta de la nave no existiendo anclajes, ni cinturón de seguridad ni ningún otro elemento de protección de carácter individual o colectivo.

también resuelve el mismo tribunal en la sentencia número 1524/2002 de 22 febrero (AS 2002\1464).

- La ausencia de previsión de las imprudencias que puedan cometer los trabajadores en una actividad tan sensible al riesgo como el traslado de cristal, no impide el recargo pese a la imprudencia del trabajador³²⁷ por llevarla a cabo protegiendo la mano con un cartón disponiendo de guantes. Tal determinación queda establecida igualmente por el mismo órgano jurisdiccional de suplicación en la sentencia número 7618/2004 de 2 noviembre (AS 2004\3641).
- El suicidio, entendido como *la acción de quitarse voluntariamente la vida*, ha sido considerado como un supuesto de dolo³²⁸, conforme al artículo 115. 4. b) de la Ley General de la Seguridad Social y por tanto excluido inicialmente de protección pública. Sin embargo, mediante una interpretación flexible y literal de la norma, cabe entender que en el origen de algunos de estos comportamientos puedan anidar una suerte indeterminada de trastornos mentales conectados a su vez con problemas personales o profesionales del trabajador, lo que ha venido permitiendo su calificación ya de verdadero accidente de trabajo ya con la etiqueta de *no laboral*³²⁹.

5.- DE LA INFRACCIÓN AL DAÑO: LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

En el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad debe existir nexo causal entre esta carencia y el accidente de trabajo, procediendo incluso si hay desconocimiento de las circunstancias en que el mismo se produce siempre que medie incumplimiento empresarial³³⁰. La relación de causalidad se presume existente entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido, conforme se desprende del artículo 123.1 del texto refundido de Seguridad Social, siempre que los incumplimientos del empleador sean determinantes de aquel resultado³³¹.

³²⁷ La imprudencia del trabajador, por excesiva velocidad para las condiciones de circulación en que se realizaba la conducción, es determinante de responsabilidad empresarial en la sentencia núm. 1132/2000 de 30 octubre que dicta el TSJ de Cantabria (Sala de lo Social), (AS 2000\4057).

³²⁸ Vid. SÁEZ VALCÁRCEL, R., *¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial*, Revista de Derecho Social nº 33, 2006.

³²⁹ Pronunciamientos a favor de la calificación de accidente de trabajo los encontramos, entre otros, en la STS de 26 de abril de 1970 y como accidente no laboral en STS de 9 febrero de 2010, en una gama extensa y casuística que llega hasta nuestros días.

³³⁰ El concepto amplio de *relación de causalidad* en el ámbito del accidente de trabajo surge de la doctrina civil que partiendo del artículo 1902 CC permite detectar la culpa en consideración a la *equivalencia de condiciones* en su producción. Así, DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*. Civitas, Madrid. 1999.

³³¹ TS (Sala de lo Social), sentencia de 16 enero 2006, (RJ 2006\816): *(.../...) parece fuera de toda duda razonable que las deficiencias antes enumeradas de la plataforma a la que se subió el*

5.1. Determinación y rasgos esenciales.

Venimos afirmando que para nuestra doctrina legal los requisitos para apreciar la concurrencia del recargo³³² son la existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que de lugar a las prestaciones ordinarias contenidas en el sistema de protección social y que por la empresa se haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de medida de seguridad general o especial. También hemos visto que no es posible que el legislador pueda concretar la variadísima gama de mecanismos, artefactos y dispositivos que pueden concurrir en todos los ámbitos donde se desarrolla la actividad laboral, por lo que *ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador*³³³.

Por eso el itinerario de la infracción debe concluir en un destino conectado a ella mediante un criterio de lógica racional y jurídica. Ya hemos comentado antes, al tratar del principio de culpabilidad, que la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo se mueve en un amplio y elástico campo que discurre entre la existencia de responsabilidad cuasi-objetiva y la culpa *in vigilando*, para terminar sentando en todos los casos de forma categórica que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar necesariamente la consecuencia del recargo, siendo además que la prueba del cumplimiento de todas las normas de seguridad corresponde al empleador y que por ello viene obligado no solo a la adopción de cuantas medidas de prevención sean necesarias sino también a justificar que el siniestro se debió a caso fortuito o fuerza mayor³³⁴. Pues bien, valga esta premisa para considerar que en el ámbito laboral la clave radica en vincular la infracción al daño y el poco interés que presentan otras circunstancias de naturaleza accesoria aunque sí pudieran tener relevancia en los distintos ámbitos en que las demás responsabilidades pudieran ventilarse. Pero en lo que respecta a la imposición del recargo, basta que exista omisión o infracción de medidas relacionadas con el

trabajador para realizar su actividad ordinaria, sin prueba alguna de que lo hiciera contraviniendo órdenes del empresario, constituyen indicios razonables suficientes para estimar que este cúmulo de irregularidades fue el desencadenante de la caída del operario, teniendo en cuenta, por otra parte, que ninguno de tales hechos probados permite estimar que el accidente se debió a causas fortuitas o de fuerza mayor.

³³² Formada básicamente por las SSTs de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/9673) y 26 de mayo de 2009 (RJ 2009/3256).

³³³ STS 26 de marzo de 1999 (RJ 1999/3521).

³³⁴ SSTs de 14 de febrero de 2001 (RJ 2001/2521), 21 de febrero de 2002 (RJ 2002/4539), 8 de octubre de 2001 (RJ 2002/1424) y 30 de junio de 2003 (RJ 2003/7694).

deber de protección para que pueda aplicarse, sin que sea de validez en su determinación el principio de presunción de inocencia, con asiento únicamente en la esfera jurídico-penal y no en los órdenes civil y laboral cuyo objeto se centra en el examen de los incumplimientos contractuales del deber de seguridad asumido por el empleador.

Nos movemos, pues, en el marco de lo que la doctrina entiende como *teoría de la causalidad adecuada*³³⁵, conforme a la cual la existencia de nexo causal entre la falta y el siniestro puede romperse, en efecto, cuando la infracción es imputable al propio interesado por temeridad manifiesta o cuando se da caso fortuito o fuerza mayor³³⁶, pero que en todo caso tal planteamiento debe considerar la adecuación entre el siniestro -del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores- y la conducta pasiva del empleador³³⁷.

Parte esta teoría de que no toda condición que produzca un resultado puede ser considerado causa del mismo sino solo aquélla que conforme a la experiencia es adecuada para producir un resultado típico. Es decir, se realiza un juicio de probabilidad por el juez, que debe situarse en el momento de la acción, y se concreta tomando en consideración aquellas condiciones que aparezcan como adecuadas para producir el resultado. Y ello desde la perspectiva de un espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción u omisión con todos los conocimientos de la situación de que disponía el autor para actuar, además de aquéllos que hubiera tenido el observador, hasta llegar a la siguiente conclusión: no se consideran causados por el agente los efectos que en el momento de la acción se presenten como improbables, es decir, los efectos extraordinarios o atípicos de la acción misma. En definitiva, en sede jurisdiccional debe realizarse por el juez un juicio de probabilidad tomando como perspectiva el momento en que la acción se lleva a cabo³³⁸.

³³⁵ De aplicación en el caso de manipulación manual de bobinas por trabajador en que resulta aplastado por las mismas el conductor de camión que colabora en esa tarea durante la operación de descarga; el supuesto lo analiza el TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 2103/2012 de 16 marzo (AS 2012\1115), que concluye imponiendo el recargo así: (.../...) *A la vista de todo lo expuesto, en el caso de autos se aprecia nexo causal adecuado entre las infracciones probadas y el resultado y no se aprecia ruptura del nexo causal por temeridad, caso fortuito o fuerza mayor, por lo que procede revocar la resolución recurrida confirmando la resolución de la DPT de 10/02/2010 que establece la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y se impone el recargo del 30%.*

³³⁶ En jurisprudencia constante y reiterada de la que son muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1988 (RJ 1998/4096), 28 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7308) y 28 de junio de 2002 (RJ 2002/9079).

³³⁷ El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, Sección 1ª) en su sentencia número 49/2016 de 28 de enero termina por imponer el recargo al quedar acreditada la falta de puesta a disposición a favor de la trabajadora de los equipos de protección adecuados pese a considerar conducta negligente en la trabajadora, que en absoluto puede determinar imprudencia temeraria de ninguna clase.

³³⁸ Dicho principio es aplicado por el TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 7698/2011 de 28 noviembre (JUR 2012\3483) en un supuesto de incumplimiento empresarial por falta

Siguiendo estas directrices, se impone el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad causantes de accidente de trabajo cuando la relación de causalidad se presume por incumplimiento empresarial en el manejo y uso de explosivos en excavaciones, conforme al criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sentencia de 30 junio 2003 (RJ 2003/769); de igual modo se da cuando tiene lugar una explosión ocasionada por falta de adopción de medidas de seguridad adecuadas que aseguren la ventilación correcta en el local de trabajo y aunque exista la duda en el origen concreto de la explosión, sin que por ello deba identificarse con el caso fortuito, según mantiene el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia número 503/2012 de 23 enero (AS 2012/490)³³⁹.

Como vemos, los criterios de presunción y excepcionalidad de caso fortuito pueden anudarse a otro factor clave a modo de trazos gruesos en la determinación del nexo causal entre infracción y recargo: la falta de formación e información sobre riesgos y medidas a adoptar por el empresario para evitar el resultado dañoso³⁴⁰, toda vez puede comportar infracción de los principios generales de la acción preventiva si además concurre con una inapropiada cualificación profesional del trabajador. Así se expresa el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 17 diciembre 2002 (AS 2003/1383).

Otra línea de fuerza, en la consideración de la relación de causalidad entre las

de limpieza del local e imprudencia del trabajador, que sintetiza en el siguiente párrafo la dialéctica de la controversia que enjuicia: (.../...) *En el caso de autos nos hallamos ante una doble confluencia de causas, una imputable a la empresa, consistente en no efectuar una limpieza esmerada de zonas potencialmente poco estables por el rozador, al no haberse retirado los materiales acumulados en la bigotera, y otra imputable al propio trabajador accidentado, consistente en que vio que había restos del cordón de tierras del avance anterior, pero no parecía que fueran a caer, y no sabía si el rozador lo había limpiado o no, situándose debajo de dichos restos que, finalmente, cayeron sobre él.*

³³⁹ Sin embargo, sí exonera de responsabilidad al empresario y contratista principal cuando la defectuosa colocación de la carga en el camión es imputable exclusivamente a la empresa subcontratista (TSJ Cataluña sentencia núm. 1154/2015 de 17 febrero. JUR 2015\110936), siendo que la infracción de medidas de seguridad de trabajos en altura comporta la existencia de relación de causalidad entre la infracción y la caída del trabajador cuando no existe barandilla en el hueco del ascensor en obra en construcción; y ello sin perjuicio de que el porcentaje aplicable al recargo pueda aminorarse si la falta grave que se comete se impone en grado medio debido a la influencia de la conducta del trabajador al retirar la valla de protección del hueco (TSJ Galicia, sentencia núm. 900/2015 de 13 febrero. AS 2015\627). Contrariamente, si la caída se produce desde elevador que cumple con todos requisitos legales, no siendo necesario utilización de arnés, debe entenderse que falta la debida relación de causalidad y no existirá responsabilidad alguna el empresario, conforme al criterio del TSJ Cataluña en sentencia núm. 3453/2015 de 27 mayo (JUR 2015\188125).

³⁴⁰ El fallecimiento de conductor por aplastamiento de cabina se vincula a la omisión de medidas y por ello se entienden cumplidos los requisitos determinantes de relación de causalidad. De esta forma lo trata el TSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 1017/2011 de 5 abril (AS 2011\2156).

condiciones en que se ejecutaba el trabajo y el accidente³⁴¹, viene constituida por la inaplicación de la presunción de inocencia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, según antes hemos indicado y de conformidad a la constante y pacífica doctrina de nuestra jurisprudencia (por todas cabe considerar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en fecha de 30 junio 2008, RJ 2008/6098), que igualmente cabe asociar a supuestos en que tiene un papel preponderante la deficiente organización del trabajo³⁴².

A continuación examinamos las líneas que delimitan justo el escenario contrario a la regla básica de la que hemos partido en esta materia: que tanto la imprudencia temeraria del trabajador como el caso fortuito eximen de responsabilidad empresarial. En el siguiente apartado pasamos a identificar sus rasgos nucleares³⁴³.

5.2. Supuestos de exclusión: temeridad y caso fortuito.

La inexistencia de incumplimiento empresarial, por tratarse de caso fortuito, tiene lugar cuando el hecho que produce el daño es del todo punto imprevisible y no guarda relación alguna con la eventual omisión de las obligadas medidas de seguridad y salud en el trabajo³⁴⁴. Esta falta de relación de causalidad entre la infracción de medidas de seguridad y el resultado dañoso, que se muestra ajeno a la acción u omisión del empleador, acontece cuando la causa responde al estado de salud previo del trabajador que determina su fallecimiento por infarto (así se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en su sentencia número 519/2006 de 15 mayo (AS 2006/1862) o cuando se ve acompañada en su nacimiento por la imprudencia del trabajador³⁴⁵, excluyendo así la responsabilidad subjetiva que

³⁴¹ En este punto se nos antoja interesante la reflexión sobre la *causalidad compartida* que entre el medio laboral y el ajeno puede establecerse en proporción a su influencia respectiva en el origen de las llamadas enfermedades del trabajo en cuanto a la atribución de responsabilidad al empresario. Así lo estudia MARTÍN VALVERDE, A. en *El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal*. VV.AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.) Cien años de Seguridad Social. La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

³⁴² TSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1851/2013 de 4 octubre, (JUR 2013\329149).

³⁴³ TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia núm. 382/2013 de 22 abril, (JUR 2013\291687).

³⁴⁴ Por ejemplo cuando se produce la rotura de la cuchilla y la carcasa protectora en una máquina desbrozadora, habiéndose revisado previamente la misma. TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1592/2010 de 9 junio, (AS 2011\237).

³⁴⁵ También cabe que la imprudencia sea atribuida a un compañero de trabajo por la incorrecta manipulación de carretilla elevadora que produce el derribo de andamios, según estudia el TSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección Única), sentencia núm. 902/2003 de 28 febrero, (AS 2003\3279).

precisa la necesaria imputación al empresario por vía de culpabilidad (de esta disyuntiva es expresiva la que dicta con el número 433/2003, de 3 febrero, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (AS 2003/3200).

De ahí que resulte improcedente atribuir responsabilidad al empresario que no puede anticiparse a un acontecimiento de infortunio por tratarse de caso fortuito e imprudencia temeraria del trabajador en el caso de que repentinamente aparezcan armas y munición en el lugar de trabajo y que el trabajador los manipule creando una explosión, porque bien falte la necesaria relación de causalidad entre ambos elementos, conforme dicta el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en sentencia número 574/2010 de 3 noviembre (AS 2010/3108); o bien sea manifiesto el incumplimiento empresarial en materia de seguridad, como acontece en la caída desde una escalera fija de trabajador que de forma involuntaria se accidenta al resbalar en peldaño seguro de la misma (así lo entiende la Sala de lo Social del de Cataluña en la suya con número 3853/2012 de 18 mayo (AS 2012/2673). En ambos casos falta el nexo causal³⁴⁶ entre el incumplimiento y el siniestro profesional, de igual modo que sucede en la caída de tijeras que impacta en el ojo de la trabajadora cuando colocaba una caja sobre las taquillas del vestidor, pues es evidente que tal evento no puede tener otra consideración que la de acontecimiento fortuito, a juicio también de este último tribunal en sentencia número 3312/2012 de 4 mayo (AS 2012/2658).

No obstante la clara exclusión de infracción y recargo en estos supuestos, nos atrevemos a sostener que no hay derecho ni obligación legal que no pueda matizarse³⁴⁷. Por eso el deber del empresario de informar y formar al trabajador de los riesgos cuando se incumple también puede ser objeto de ponderación³⁴⁸, máxime cuando el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad puede acometerse desde un criterio restrictivo, lo que resulta extensible a los supuestos en que la relación de causalidad sea dudosa por la presencia, aunque indiciaria, de caso fortuito ante un eventual incumplimiento empresarial, conforme entiende el Tribunal

³⁴⁶ Sobre el nexo casual (y la casualidad) en esta particular materia véase la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016 recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 2806/2014.

³⁴⁷ Los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor excluyen el recargo de prestaciones; también la imprudencia temeraria del trabajador y no la profesional, que es el supuesto analizado en la sentencia núm. 3737/2015 de 19 junio del TSJ de Galicia (AS 2015\1182) que viene a consolidar los criterios imperantes sobre el quebranto del nexo de causalidad: tratándose de accidente de tráfico por conducción de una furgoneta en condiciones climatológicas adversas de hielo y nieve y careciendo el vehículo de neumáticos de invierno, estamos en presencia de imprudencia profesional, y no temeraria, cuanto acontece el mismo por presunta velocidad inadecuada, dadas las circunstancias climatológicas concurrentes; sin perjuicio ello de modular el porcentaje del recargo en las prestaciones por concurrencia de culpas, que cabe aplicar en el incremento mínimo del 30 %.

³⁴⁸ TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 9617/2001 de 10 diciembre, (AS 2002\742).

Superior de Justicia de Madrid en sentencia número 859/2006 de 30 octubre (AS 2007/724).

Expresión de cuanto venimos diciendo son las infracciones específicas impuestas en determinadas actividades, muy tuteladas y reglamentadas por su especial peligrosidad; así en los trabajos en altura³⁴⁹, la caída accidental de objeto metálico sobre el accidentado situado a distinto nivel nos sitúa en el estrecho margen de decidir si la empresa pudo evitar el siniestro mediante la adopción de alguna medida extraordinaria de seguridad o si por el contrario el hecho acontece de forma imprevisible y fatal, como estudia el tribunal de suplicación de Cataluña en su resolución número 143/2007 de 11 enero (AS 2007/2133). Es evidente, pues, que la simple infracción del deber general de protección que impone la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no da lugar sin más a la aplicación del recargo porque éste viene determinado por sus propias coordenadas y concretas circunstancias.

Por eso y a modo de conclusión, cabe inferir que la responsabilidad subjetiva nacida en este ámbito determina la necesaria imputación al empresario por vía de culpabilidad, siendo que la imprudencia profesional del trabajador, aunque por sí sola no rompe el eslabón de la cadena de causalidad, sí es determinante cuando se hace incumpliendo las estrictas instrucciones de la empresa y alcanza el grado de comportamiento temerario³⁵⁰.

³⁴⁹ Recientemente el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (Sala de lo Social. Sección 1ª) en sentencia número 55/2016 de 10 de marzo ha determinado la procedencia del recargo por inexistencia de imprudencia del trabajador y darse omisión de medidas de seguridad adecuadas para la realización, por parte del trabajador, de trabajos en altura.

³⁵⁰ Así acontece en la utilización de escalera de tijera con peldaño roto, conociendo el operario esta circunstancia y a pesar de la instrucción expresa de no utilizar herramientas en mal estado, en el supuesto que estudia el TSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2456/2005 de 14 julio (AS 2005\3418).

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

1. Aspectos previos.
2. La dimensión privada: el contrato de trabajo
 - 2.1. Criterio restrictivo de responsabilidad empresarial.
 - 2.2. Responsabilidad directa y no exclusiva del empleador
- 3.- Responsabilidad compartida.
 - 3.1. En contratas y subcontratas.
 - 3.1.1. Delimitación de lugar y centro de trabajo
 - 3.1.2. Descentralización productiva
 - 3.2. En empresas de trabajo temporal.
 - 3.2.1 Fundamentos de imputación
 - 3.2.2 Supuestos de aplicación
- 4.- El desplazamiento de responsabilidad por aseguramiento.
 - 4.1. La cuestionada y decreciente prohibición de aseguramiento.
 - 4.2. La naturaleza pública de la prestación y su recargo.
 - 4.3. Imposibilidad de aseguramiento privado o complementario.
 - 4.4. Aseguramiento de prestación y aseguramiento de la prevención de riesgos.
- 5.- El rechazo de responsabilidad por la Seguridad Social
 - 5.1 Ni anticipo de prestación ni subsidiariedad de pago.
 - 5.2 Su equívoco tratamiento recaudatorio y procesal.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

1. ASPECTOS PREVIOS.

Ya hemos fijado como argumento de fuerza que el empresario tiene contraído con sus trabajadores una deuda de seguridad³⁵¹ que obliga a dispensarles una protección eficaz por imperativo de los artículos 4.2 y 19.1 del Estatuto de los trabajadores³⁵². Este sistema de responsabilidad empresarial se encuentra desde hace tiempo en crisis por cuanto desde la noción de culpa, ya superada, debemos transitar a la responsabilidad objetiva, ínsita en la misma noción de seguro, mediante el cual trasparamos a un tercero los efectos perniciosos del riesgo³⁵³. Y eso es justo lo que sucede con la institución del recargo que, anclado en la historia como reminiscencia, no termina de adaptarse a los tiempos modernos donde permanece empotrado en una legislación que se limita imperturbable a darle acogida con mansedumbre y se ve zarandeado por los tribunales que sortean como pueden los innumerables problemas que de continuo plantea, largamente denunciados por una doctrina, confusa y a veces complaciente, que parece encontrar en esa disfunción un vivero para desplegar sus dotes de ordenación e imaginación jurídicas.

Y en este punto nos preguntamos cómo es posible que nos hayamos pasado más de cien años soportando, criticando, una institución que indemniza y sanciona al mismo tiempo cuando el Estado interviene y regula todo el ámbito de la seguridad y la higiene en el trabajo. ¿Por qué consentir esta contradicción? Y estamos en condiciones de aventurar una respuesta, quizá precipitada pero que es nuestra y estamos en condiciones de fundar: el recargo es el paradigma, el termómetro, de una tensión histórica entre lo individual y lo colectivo; es una goma elástica que se encoje

³⁵¹ Con carácter general y como plasmación positiva del principio de derecho *alterum non laedere* fue elevado a rango constitucional por el artículo 15 del Texto Fundamental y, en términos de gran amplitud tanto para el ámbito de relaciones contractuales como extracontractuales, queda incorporado al Código Civil en sus artículos 1104 y 1092.

³⁵² Obligación que le exige *adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores* (artículo 7.2 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden Ministerial 9 marzo 1971).

³⁵³ Vid. MOLINER TAMBORERO, G., *La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en el sistema de la Seguridad Social*, Tribuna Social nº 125, 2001.

y estira a conveniencia. No se regula y ordena, sencillamente porque no interesa al legislador. Cuando el Estado del Bienestar extiende a todos los ciudadanos los derechos sociales, la responsabilidad se objetiva, el espíritu de lo *aquiliano* emerge y se responde por los demás: del mismo modo que el padre por el hijo³⁵⁴, así el patrono por el obrero. Por el contrario cuando se busca el estrecho margen del contrato entre dos, entonces el Estado desconecta y mira indolente para otro lado. Ahí está el discurso de la responsabilidad contractual.

En estos dos ejes nos movemos ahora. Vamos a estudiarlos por separado, pero al mismo tiempo sin perder la vista de ambos en régimen de complementaria reciprocidad. Hasta llegar al destino (que ahora mismo es solo una intuición, un presentimiento): no interesa reformar el instituto del recargo porque su modificación quebrantaría la tensión controlada entre dos principios que lejos de repelerse se complementan. Venimos del liberalismo, del siglo XIX en que nace un Derecho protector del accidente de trabajo: después de más de cien años, en que el Estado ha universalizado su amparo al ámbito del conjunto de la sociedad por medio de la Seguridad Social, no tiene sentido contemplar desvalidos cómo el obrero que se accidenta tiene que recorrer un larguísimo peregrinaje judicial para que su derecho a una íntegra reparación del daño obtenga reconocimiento.

Sin duda la figura del recargo es atípica. Y ello es así, porque, en efecto, si la comparamos en el contexto normativo internacional, surge como una compensación limitada por daños que se funda en la responsabilidad objetiva del empresario mediando culpa. Parece como si en el origen hubiese una razón de equilibrio en la voluntad del legislador de 1900: a cambio de acortar el proceso para determinar la culpa del empresario se limita el coste de la reparación, dando paso al principio de inmunidad que impide el ejercicio de la acción civil para complementarla, lo que a su vez implica una pérdida de indemnización por parte del trabajador e impide de este modo una satisfacción integral del daño. Así las cosas, desde el prisma de la responsabilidad tasada dicha pérdida sería asumible, pero no debemos olvidar que el riesgo profesional es tipo privilegiado que tiene otras finalidades, además de la reparadora: la preventiva y la disuasoria, en un encuentro de intereses contrapuestos no siempre fácil de equilibrar.

En el capítulo anterior hemos anudado el recargo a la infracción empresarial. Y como expresión del mismo se alza la pena pecuniaria que lo origina y proyecta hasta reparar el perjuicio. Es ese juego de indemnizaciones y aumentos económicos se fragua la reparación final que haya de darse³⁵⁵. Pero lejos de ordenar y armonizar el

³⁵⁴ Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

³⁵⁵ Algún sector doctrinal entiende que el nuevo artículo 183.2 LJS justifica la supresión del recargo de prestaciones por cuanto introduce una interesante finalidad preventivo-disuasoria de las indemnizaciones. Pero solo como guía declarativa y abierta que tiene como virtualidad compensar no solo los daños causados sino anticiparse a los que puedan cometerse en el futuro mediante la fijación

daño, la ley ha ido sumando piezas de un interminable mecano para montar un artificio hecho a base de una regla de compatibilidades inciertas entre las distintas ópticas de observación, conforme a una naturaleza mixta y plural (indeterminada, al fin) según vimos en el capítulo II, al tratar sobre el interminable debate nucleado en torno a la concurrencia de causas e indemnizaciones.

También tuvimos ocasión de anticipar que en la determinación de responsabilidad y aplicación del principio de la causalidad adecuada la culpa extracontractual se traduce no solo en *la omisión de normas inexcusables o aconsejable por la más vulgar y elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar y, (.../...) concretamente sin el cuidado y atención necesarios para evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos*³⁵⁶. Y es manifiesto que el elemento subjetivo de la culpabilidad, inevitable y exigible para la existencia de la responsabilidad *aquiliana*, ha ido evolucionando hacia soluciones cuasi-objetivas³⁵⁷ que impone el incremento de actividades peligrosas y que tampoco puede quedar desvirtuada, por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil³⁵⁸. Las semejanzas y aspectos discrepantes entre las culpas contractual y *aquiliana* vienen siendo puestos de manifiesto por la doctrina entendiendo que las responsabilidades derivadas, aunque tengan un origen desigual marcado por la existencia o no de basamento contractual, encuentran fundamentos y finalidad comunes sin presentar entre ellas esenciales diferencias³⁵⁹.

de una indemnización complementaria. Así, GINÉS I FABRELLAS, A. *instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*. La Ley, 2012.

³⁵⁶ Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 25 febrero 1992 (RJ 1992/1554).

³⁵⁷ El tránsito desde la culpa subjetiva a la cuasi-objetiva, en efecto, viene marcada por la realidad de las nuevas realidades sociales y el incremento de las actividades peligrosas que suponen un desplazamiento desde el reproche de la conducta del productor del daño al objetivo de la reparación eficaz de consecuencias. En esta postura se manifiesta recientemente la obra de Elena Galdós Loyola, *La vigencia del recargo de las prestaciones a través de su interpretación y práctica*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013.

³⁵⁸ (.../...) pues «el cómo y el por qué» se produjo el accidente, «constituyen elementos indispensables en el examen del evento dañoso», añadiendo la Sentencia de la misma Sala de 27 abril 1992 que «... el hecho de que ... se apreciara infracción de la reglamentación de las normas de seguridad en el trabajo no comporta por sí solo la existencia de culpa civil (STSJ Cataluña 22 diciembre 1994, AS 1999/3137).

³⁵⁹ Sobre las diferencias entre ambas resulta ejemplar la STS Civil 5 julio 1983 (RJ 1983/4072) que expresa: *Así, son puntos de coincidencia en ambas manifestaciones: a) la producción de un daño - lesión-; b) la atribuidad del mismo a un sujeto -imputabilidad-; c) el deber de indemnizar o resarcir -responsabilidad-. Constituyen a su vez diferencias, que mientras la llamada culpa contractual nace como consecuencia lógico-jurídica del incumplimiento o infracción de los términos o contenido de un negocio o vínculo jurídico, la «extracontractual» tiene su origen en un ilícito civil productor de un daño, al margen, o, además, de todo incumplimiento o infracción Obligada consecuencia, es la ineludible entrada en juego de la finalidad reparadora - sin perjuicio de las específicas que puedan derivar, en su caso, del incumplimiento del contrato u obligación; la*

Sentados ya su concepto y naturaleza, al tiempo que sabemos las causas y los ámbitos en que puede darse, en la determinación del recargo rige hoy el artículo 164 de la Ley General de Seguridad Social que en su apartado 2 hace recaer la responsabilidad de su pago directamente en el empresario infractor como si el resto de agentes, los representantes de los trabajadores, las comisiones y los distintos comités de seguridad -en definitiva, la sociedad entera- nada tuviesen que decir ni de qué responder. De ahí que en este complejo análisis sea necesario partir del contrato de trabajo para situar la cuestión en el haz de derechos y obligaciones que comporta y proyectarla seguidamente al contexto del ordenamiento jurídico³⁶⁰.

2.- LA DIMENSIÓN PRIVADA: EL CONTRATO DE TRABAJO.

En una primera vertiente es sin duda la relación derivada exclusivamente del contrato laboral la que determina el ámbito de responsabilidad entre trabajador y empresa, evitando su extensión a la que con carácter extracontractual establece el artículo 1902 del Código Civil; y ello además con inclusión de las procedentes reclamaciones por daños y perjuicios que todo incumplimiento contractual implica. Partimos, pues, en este apartado de las nociones de culpa y responsabilidad contractuales que contempla el artículo 1101 del mismo texto legal, que en origen y literalmente se refieren única y exclusivamente a las obligaciones derivadas de un contrato civil o mercantil.

Por ello a tal basamento debe anudarse el de la competencia jurisdiccional por cuanto al amparo del artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial son los juzgados y tribunales del orden social los competentes en materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español. Entre estos dos vectores, material y adjetivo, se moverán las reflexiones que siguen con el objeto de fijar, o mejor aproximarnos, a las responsabilidades nacidas en el marco del contrato de trabajo cuando sobreviene la contingencia profesional que a su vez da lugar al recargo de prestaciones que de la misma se origina³⁶¹.

compatibilidad entre indemnizaciones laborales y extracontractuales en los casos de accidentes del trabajo, viene admitida reiteradamente por esta Sala.

³⁶⁰ En la panorámica amplia que describimos, vid. SANZ ENCINAR, A., *El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid nº 4, *La responsabilidad en el Derecho*, 2000.

³⁶¹ En materia de competencia sobre el recargo la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada, emanada de las resoluciones de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, determina que el contenido del contrato de trabajo así como las reclamaciones derivadas del mismo están comprendidas dentro de la rama social del Derecho y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial su conocimiento se debe atribuir a la jurisdicción social (STS Civil 24 octubre 1998, RJ 1998/8236).

2.1. Criterio restrictivo de responsabilidad empresarial.

El innegable origen sancionador del recargo hace que deba aplicarse un criterio estrecho cuando se trata de establecer la condena o imponer una determinada pena al infractor. Por eso la noción de autoría y participación en el hecho deben estar fuera de toda duda, porque si bien no cabe en el campo que venimos examinando la presunción de inocencia (en razón a la naturaleza cuasi-objetiva de esta clase de responsabilidad), es manifiesto que sí hay una decidida voluntad de nuestro legislador en sancionar las resultas del quebrantamiento a la norma de seguridad que primero se quebranta y después genera el aumento de la prestación causada, incorporándose a ésta.

Por eso es preciso partir del contrato de trabajo y establecer hasta qué punto existe omisión del deber de seguridad, porque a menudo presenta distintas intensidades en función no solo de su impacto material o gravedad sino en consideración al espacio y circunstancia en que se lleva a cabo con mantenimiento de la debida relación de causalidad entre la carencia de medidas y el resultado dañoso³⁶².

Vimos en el capítulo precedente que todo deber genérico de información sobre riesgos y medidas de prevención tiene que acompañarse de una necesaria concreción para cualquier puesto de trabajo en orden a fijar una prohibición que pueda detectarse como incumplida. Y en base a la gravedad del incumplimiento, cabe su sanción al margen del daño causado. Pero en este proceloso contexto las magnitudes se muestran determinantes porque no se trata de manipular esta vieja institución como si fuera un recurso elástico que usáramos a conveniencia sino de fijar sus cualidades y buscar su utilidad social³⁶³. La crítica a la distorsión que el recargo produce en el sistema tiene obviamente seguro fundamento pero no tanto porque *sobredimensione las responsabilidades punitivas a la vez que no termina por satisfacer de manera completa su funcionalidad resarcitoria ante la eventualidad de insolvencia empresarial*³⁶⁴, sino porque se consienten los efectos perniciosos que produce en

³⁶² El TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia de 14 febrero 2012, RJ 2012\3764, aprecia hechos distintos entre el acoso moral producido en el centro de trabajo y el que tiene lugar en un Hospital por medio de contrata de actividad, denegando el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, solicitado en base a una supuesta ausencia de medidas de protección de la salud psicofísica de la trabajadora, por entender que la infracción se lleva a cabo fuera del control del empresario.

³⁶³ En cuanto a la denunciada distorsión que el recargo produce en el complejo resarcimiento del daño, existe una gran variedad de posturas: los partidarios de su mantenimiento celebran su inmediatez en la reparación aunque sea limitada y su función preventiva; para otro sector doctrinal la solución consistiría en suprimir el tope porcentual y admitir su aseguramiento; y finalmente, otros en cambio sostienen que mejor sería eliminarlo amparándose en que el funcionamiento adecuado de la responsabilidad civil y del sistema punitivo es por sí solo suficiente para garantizar sus objetivos de compensar y prevenir. Así en GINÉS I FABRELLAS, A. *instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*. La Ley, 2012.

³⁶⁴ Así lo entiende DEL REY GUANTER, S. en *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*. La Ley, 2008 (p.55).

clave de inseguridad jurídica a través de un vasto y complejo peregrinaje administrativo y judicial, al tiempo que se mantiene su desorden normativo. Por ello desde la doctrina se viene propugnando su reforma al entenderse que *la regulación vigente en materia de recargo termina por desequilibrar todo el sistema de responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral, por lo que debe reconsiderarse bien para eliminarlo bien para reconfigurarlo y adecuarlo a otras figuras de daños punitivos recogidas en otros ordenamientos jurídicos como por ejemplo el de Francia*³⁶⁵, basado en el sistema de cotizaciones que varía en base al mayor o menor cumplimiento de la normativa de prevención por parte del empresario. Este criterio no se aplica en España que tiene un sistema de tarifas donde no interviene el nivel de diligencia del empresario ni se pondera el gasto en prevención ni el grado de siniestralidad, aunque tenemos expresado que el artículo 108 del texto refundido de Seguridad Social (146 en la nueva redacción de 2015) faculta el establecimiento de primas adicionales a la cotización en relación a la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y a la eficacia de los medios de prevención empleados.

Conforme a los principios informadores del Derecho, lo favorable debe ampliarse y lo perjudicial ha de restringirse³⁶⁶. Por ello antes hemos extendido el marco objetivo de la infracción por vía del ilimitado deber de protección; y ahora debemos ser complacientes con el aspecto sancionador disminuyendo su exigencia³⁶⁷. En esa dicotomía se mueve el recargo. Lo que no impide avanzar en nuestro objetivo: identificar al responsable último y buscar la reparación íntegra, como aspectos inseparables y conectados entre sí. Sin duda ese tratamiento unitario de la reparación quiebra en el Texto Articulado de 21 de abril de 1966 y luego en la referida Ley General de Seguridad Social, que admite varias líneas de reparación: el recargo propiamente dicho, como extensión de la prestación de Seguridad Social, la indemnización adicional por responsabilidad civil o criminal, y finalmente el ámbito administrativo sancionador en que se mueve la infracción que origina la contingencia.

Estas tres líneas originan otras tantas vías de indemnización, acumulándose los distintos planos de responsabilidad en concurso: la objetiva que cubre la prestación común, la específica que se extiende más allá de ésta configurando el recargo en cuantía variable según la gravedad de la infracción, que no de la culpa; y una tercera adicional -o de cierre- que tendría por objetivo culminar el ideal de la reparación y

³⁶⁵ El mismo autor (op. cit., p. 247) sostiene que a favor de la propuesta anterior se alza el hecho de que históricamente ni la ley de 1900 ni el texto refundido de accidentes de 1956 prohibían el aseguramiento, si bien el anterior de 8 de octubre de 1932 se mostraba contrario en su artículo 32.

³⁶⁶ El clásico aforismo expresa *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda sunt*.

³⁶⁷ Al respecto, vid. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

*que debería en teoría cubrir la diferencia entre el daño reparado por las prestaciones de la Seguridad Social y el daño total producido por el accidente*³⁶⁸.

2.2. Responsabilidad directa y no exclusiva del empleador.

Queda expresado, conforme al tenor literal del apartado 2 del artículo 123 del texto refundido básico de Seguridad Social, que la responsabilidad atribuida a un empresario por falta de medidas de seguridad no es transferible a ninguna entidad aseguradora pública o privada debido al carácter sancionador del recargo. Dado este alcance personal, solo afecta al sujeto que ha cometido la infracción sin que sea posible jurídicamente cualquier acto que pretenda su aseguramiento, compensación o transmisión³⁶⁹.

Una línea roja se ha determinado: del recargo solo responde el empresario infractor, que además de la sanción administrativa también deberá afrontar el aumento de la prestación. Y una pregunta envuelta en contradicción brota seguidamente: ¿por los mismos hechos? Por supuesto, adelantamos. Y además estamos en condiciones de agravarlo formulando otra a continuación: ¿Y si reclama el perjudicado en vía civil o penal, también son los mismos hechos los determinantes de esos particulares amparos? Para esta cuestión igualmente hay respuesta: basta con leer el último apartado del artículo 123 LGSS del texto refundido anterior para salir de dudas. Por supuesto, porque en el tercer ordinal del precepto literalmente se dice que, además de ser exclusiva y personal la responsabilidad del empresario, *es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción*.

La complejidad se ha revelado en estado puro, pues en el laberinto de la responsabilidad empresarial una sola infracción es capaz de desplegar en la misma persona al mismo tiempo múltiples efectos y hacerlo en varios escenarios a la vez. Accedemos a su tortuosa geografía delimitando al sujeto responsable que a los ojos de la ley admite dos planos bien diferenciados: uno, el referido al responsable de la infracción que se sitúa en el primer apartado del artículo 123 de la ley (que hemos estudiado en el anterior capítulo); y dos, identificando al responsable de su pago (que vemos ahora) y sobre el que el apartado segundo hace recaer directamente *la responsabilidad del pago del recargo*. Pero una obligación de carácter pecuniaria como ésta, delimitada restrictivamente a un solo responsable, no debe confundirse en

³⁶⁸ En esta línea doctrinal se mueve DEL REY GUANTER, S. en la obra citada sobre responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral (págs. 52 y 53).

³⁶⁹ Por ello *no solo afecta a cualquier clase de seguro privado o asunción colectiva del riesgo, sino que también impide que las entidades gestoras de la Seguridad Social puedan responder de este recargo impuesto directamente al infractor, aunque sea subsidiariamente, pues esto implicaría sustituir la responsabilidad personal que la ley impone*, en palabras de la STS Social 31 enero 1994 (RJ 1994/398).

su alcance y determinación ni con la autoría de la infracción -que, como desarrollaremos después, admite distintas tonalidades y ámbitos diversos- ni mucho menos cabe confundir e identificar el adverbio *directamente* con la exclusividad de que se ha querido revestir la responsabilidad del empleador.

Hay quien se resiste a pensar que el exceso del recargo consiste en su inercia sancionadora y que por ello no guarda relación alguna con la negligencia del empresario, residenciando aquí su alcance objetivo. Y es justo este elemento el que sobrepasa el contrato de trabajo y nos sitúa en el marco del *non alterum laedere*, esto es, del umbral que nos conduce a la responsabilidad de la sociedad misma articulada en sus instituciones públicas. Las críticas que a ese planteamiento se hacen responden al interés de quien sufre la condena por razón del genérico deber de protección. Y siendo que el empresario es su titular se comprende que se propugne la superación de ese modelo. El proteccionismo que los tribunales con frecuencia conceden tiene base sólida pero es reproche al que también cabe oponer argumentos en contra. En este punto, no tiene sentido dar una respuesta salomónica o abandonarse a la queja permanente sin antes reformar el conjunto o sentar las bases de una interpretación integrada y razonada de la norma.

Por ello podemos sistematizar la cuestión del siguiente modo: partimos del hecho infractor (que en la letra de la ley se muestra sin autor) para pasar ahora a la responsabilidad en el pago. Allí el empresario no consta expresamente y las locuciones verbales se hacen de forma impersonal: las prestaciones económicas *se aumentarán...* cuando la lesión *se produzca...* o no *se hayan observado* las medidas de seguridad. Aquí, en el párrafo segundo la construcción gramatical es más sencilla y ordenada: pasamos del marco infractor amplio al más estricto sancionador de pago. Y en ese tránsito la oración designa a quien viene ahora obligado al pago impidiendo el aseguramiento de aquella responsabilidad de naturaleza pecuniaria; pero esto no significa que tengamos que confundir los conceptos: lo que antes era abstracto y estaba sumido en la atmósfera de una definición de amplios contornos se torna ahora en un ámbito reducido al pago del recargo que como la noche y el día contiene dos elementos antagónicos pues, de una parte, se establece de forma positiva la obligación y se hace recaer directamente sobre el empresario infractor; y de otra, se complementa de forma negativa para impedir su aseguramiento.

De este modo la responsabilidad en el pago se muestra conectada, subsidiaria y consecuente a la responsabilidad del empresario infractor. Y entre ambas ni existe ni puede existir identificación plena. Porque de lo abstracto pasamos a lo restringido. La construcción gramatical de este apartado es ahora más sencilla. Contiene una obligación positiva de pago que hace recaer sobre el infractor y otra negativa que impide su aseguramiento. Pero no suscita duda alguna sobre el alcance de lo que debemos entender por *empresario infractor* que no tiene que limitarse a la persona física o jurídica, real o aparente, sino que puede extenderse a otros muchos agentes y compartirse por quienes vienen obligados a velar por la seguridad y la salud

laborales, incluida la Administración Pública. Por eso el término *directamente* fija decididamente el cordón umbilical que conecta el efervescente magma de la responsabilidad del recargo con el estricto ámbito de su pago, pero en absoluto puede identificarse con la atribución *exclusiva* de responsabilidad³⁷⁰.

Nuestra jurisprudencia ha venido atribuyendo de manera desigual su alcance que solo limita a la responsabilidad del empresario, según vemos a continuación:

1) La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011³⁷¹ estudia el supuesto de una enfermedad profesional tan insidiosa y de manifestaciones tan tardías como la asbestosis, reprochando que el recurso interpuesto no rebata la aplicación del artículo 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social *y se limite a invocar el art. 123.2 de la propia Ley, que proclama la responsabilidad «directa del empresario infractor», de la que deduce el carácter personalísimo y sancionador del recargo, obstativo de que se transmita de la empresa incumplidora a la sucesora*³⁷². Sin duda esta sentencia sustituye lo directo por lo exclusivo. No puede participar de esta última naturaleza una responsabilidad que conforme a otro precepto, el artículo 127 del mismo texto legal, es susceptible de tránsito desde el empresario a otros sujetos distintos por vía de subsidiariedad o solidaridad³⁷³, lo que abiertamente significa -en contra de lo expresado por dicha resolución - que la *responsabilidad que comporta el recargo* (para ser literales, habría que decir *la responsabilidad que comporta el pago*

³⁷⁰ *Que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir*, verbo cargado de fuerza semántica al venir definido por la Real Academia como *quitar a una persona o cosa del lugar que ocupaba*, y más gráficamente en su tercera acepción, *ser incompatibles dos cosas*.

³⁷¹ La STSJ Cataluña de 15 noviembre de 2013 da pie a la nueva doctrina en sustitución de la STS de 18 de julio de 2011 que termina aplicando. En ella ya se admite la transmisibilidad en supuestos de fraude de ley, por vía de los artículos, 6.4 y 7.2 Código Civil, y en particular del 1212 de esta norma, favorable a la subrogación universal de derechos y obligaciones ya sean principales ya accesorios. ROMERO BURILLO, A. M., *El recargo de prestaciones en los supuestos de sucesión de empresas*. BIB 2014\1068. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 164/2014. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014.

³⁷² Conforme a este criterio una sola conclusión se impone: *la responsabilidad que comporta el recargo-cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la sucesión de empresa*.

³⁷³ En especial, la transmisibilidad del recargo ha sido tratada por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015/1250) que supone un giro copernicano en la consideración de su naturaleza. Ahora, corrigiendo la anterior doctrina contenida en la inmediata sentencia de 28 octubre de 2014 y mismo ponente, se permite la transmisibilidad del recargo apoyada en la interpretación extensiva del 127 LGSS (texto refundido de 1994) y conforme a los principios de la Directiva 2011/35/UE de 5 de abril y STJUE de 5 de marzo 2015. La asunción de responsabilidad por la empresa sucesora en el recargo reconocido antes de la sucesión constituye toda una rectificación de la doctrina vigente hasta entonces y así la fusión por absorción determina la responsabilidad de *Uralita, S.A.* por incumplimientos previos a la sucesión atribuidos a la absorbida *Rocalla, S.A.* En igual sentido se han pronunciado las consecutivas sentencias del Alto Tribunal de fechas 5 de mayo (RJ 2015\2408) y 14 de abril de 2015 (RJ 2015\2806), línea que sigue el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la suya de 22 de mayo siguiente (JUR 2015\163552).

del recargo), sí es transferible³⁷⁴. Y decimos esto porque su naturaleza prestacional resulta indiscutible como venimos sosteniendo, junto al componente sancionador, preventivo, admonitorio, cautelar o cualquier otro que queramos atribuirle en cualquiera de sus grado o intensidades.

Además la prueba irrefutable de que junto al hecho infractor cabe deducir una consecuencia prestacional viene dada porque los llamados *supuestos especiales* que dicho precepto trata siempre contemplan una declaración previa de responsabilidad, bien sea por vía de los artículos 42 y 44 del Estatuto de los Trabajadores en los dos primeros apartados, *bien cuando la prestación haya tenido origen en supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona*, locución ésta del tercer apartado que firme y rotundamente acoge sin excepción todas las causas y formas del recargo. El aumento de la prestación que se produce implica no adherir algo diferente sino estirar, prolongar el objeto que se agranda; es decir estamos hablando de la misma materia, de la misma naturaleza. Y si la prestación (que la falta del empresario infractor causa) se incrementa no pierde con ello su cualidad de origen. Aunque además tenga otros efectos y funciones, otro tratamiento. Ello es tan lógico como entender que todo objeto, al igual que las personas o cualquier institución jurídica, puede reunir al mismo tiempo cualidades distintas y ponerlas en marcha con distinto y cambiante grado conforme a su naturaleza diversa y cuando las circunstancias lo requieran.

2) En el mismo sentido se muestra la sentencia, también del Alto Tribunal, de 22 de abril de 2004³⁷⁵ que al considerar la letra de la norma llega a la conclusión de que no cabe anticipar el recargo al no tratarse de prestación debido a su naturaleza sancionadora y por ello exceder de la compensación ordinaria y común a todas las prestaciones de Seguridad Social³⁷⁶.

Pero este planteamiento vuelve de nuevo a confundir lo directo con lo exclusivo en una interpretación estricta de la norma. Y para ello se invoca la naturaleza punitiva

³⁷⁴ En cuanto al fallecimiento del trabajador por enfermedad profesional a consecuencia de la exposición al amianto ha establecido con rotundidad Nuestro Más Alto Tribunal en sentencia de 17 marzo 2015 (RJ 2015\1814) que no procede la minoración del porcentaje del 50% al no constar actuación preventiva alguna en la materia de seguridad e higiene durante quince años, pese a la existencia de normas nacionales e internacionales sobre dicho riesgo. Pero el aspecto novedoso sobre esta cuestión nos lo aporta la jurisprudencia al tratar esta enfermedad profesional como objeto de transmisión conforme queda expresado.

³⁷⁵ Recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 4555/2002 (RJ 2004/4391) con ponencia de Aurelio Desdentado Bonete.

³⁷⁶ Tomando por fundamento la anterior STS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993/1714) y el texto legal «la responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno...», afirma que al no distinguirse entre seguros se entiende que deben ser excluidos todos, *incluido el que a través de la Seguridad Social se establece para la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes de trabajo*.

del recargo, olvidando que no tiene ni puede tener naturaleza distinta de la prestación (¡de la misma prestación que incremental!) al devenir en una mera extensión de lo ya existente³⁷⁷. Aspecto muy distinto es la imposibilidad de su aseguramiento que también queda cuestionado por la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su artículo 15.5, ley posterior al texto refundido de Seguridad Social que venimos comentando y que por tanto resulta aplicable por cuanto *la empresa respecto de sus trabajadores podrá concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo*. De ahí que la estrecha consideración a la responsabilidad exclusiva deba ser cuestionada porque como después veremos cabe la responsabilidad compartida en los supuestos de contratas y ETTs. Pero una sombra se ha instalado en el panorama reparador del recargo: empresario infractor y culpa intransferible son líneas de fuerza en un marco sancionador que se reviste de intención cuando se sitúan en un ámbito protector limitado y unas dificultades presupuestarias que no se disimulan³⁷⁸: *El principio de protección social proclamado por el artículo 41 de la Constitución Española no puede tener un alcance ilimitado sino que, como es obvio, ha de desenvolverse dentro de ciertos límites y en el marco de las disponibilidades financieras del propio régimen de Seguridad Social adoptado*.

Este severo tratamiento del recargo que impide su traslación a terceros -y por ende su abono en caso de insolvencia del empresarial por vía de anticipo a través de las entidades gestoras, mutuas y servicios comunes de la Seguridad Social- inicia una línea que llega hasta nuestros días y que se refuerza a partir de la sentencia citada y las que con ciego y mimético entusiasmo la siguen después hasta el punto de hacer exaltación de su carácter punitivo³⁷⁹.

Pero, como venimos manteniendo, hay razones sobradas para limar la rotundidad de esa supuesta responsabilidad exclusiva y excluyente del empleador, hasta su total claudicación, proclamando su esencia prestacional y deduciendo las consecuencias

³⁷⁷ En sentido diametralmente contrario lo entiende la referida línea de jurisprudencia al sostener, en el supuesto de anticipo de prestaciones que trata, que aunque el mismo *no eliminaría la responsabilidad empresarial directa en el recargo, pero ese anticipo se vincula exclusivamente a las prestaciones de la Seguridad Social y el recargo no es una prestación de la Seguridad Social, sino un incremento que, por su naturaleza y función, excede el nivel de compensación fijado normalmente para las prestaciones sociales*.

³⁷⁸ Así lo expresa la STS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993/1714): *no se trata, por tanto de una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente. Es, por el contrario, una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente, establecida y cuya imputación solo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo*.

³⁷⁹ La STS de 16 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9069) marca tendencia con una expresión redundante y categórica que no admite duda alguna: *la vigente Ley de Seguridad Social, la que, como se ha dicho, reconoce que la «deuda de seguridad» en el trabajo gravita exclusiva y excluyentemente sobre la persona del empleador, sancionando con la nulidad de pleno derecho todo acto o contrato que tenga por objeto desplazar tal responsabilidad*.

inherentes a esta realidad: basta con el análisis de lo que entendemos como responsabilidad compartida y con admitir la innegable intervención pública que sin atajo alguno conduce al valor de la solidaridad, conforme en el capítulo siguiente tratamos al analizar la dimensión del recargo más allá del estricto marco de la relación individual del trabajo.

3.- RESPONSABILIDAD COMPARTIDA.

El calificativo que se predica de la responsabilidad al señalarla como *directa* no puede identificarse con *exclusiva* como lo desdice la posibilidad de extenderla a otras empresas que concurren en el escenario de la contingencia profesional por incumplimiento del deber de protección. Caído este mito, es lógico y consecuente poder tanto aplicarla a otros agentes como cuestionar la prohibición absoluta de aseguramiento. Téngase en cuenta que la obligación de velar por la salud ha evolucionado desde su exigencia al empresario individual hasta la culminación de ese deber social a través del Estado por medio de sus instituciones de protección y asistencia públicas. Y en este contexto debemos analizarlo.

Nos detenemos a continuación en los supuestos de pluralidad de empresas que integran las contratas³⁸⁰ donde se imponen razones de solidaridad, los casos de subsidiariedad y los relacionados con las llamadas *empresas de trabajo temporal* (ETTs)³⁸¹.

La coordinación de actividades empresariales viene impuesta por el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que obliga a la cooperación en la materia estableciendo a tal fin los medios de coordinación necesarios así como la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores en los casos de

³⁸⁰ El juego de responsabilidades entre empresa principal y contratista tampoco admite margen para la exoneración de alguna de ellas en virtud del principio de solidaridad impuesto por la ley de prevención de riesgos laborales, toda vez que para quedar aquélla al margen resultaría preciso que, pese a haber adoptado por su parte las medidas necesarias, solo la actuación de la segunda constituyera la causa de la ineficacia de aquellas medidas. Y en el supuesto que estudia el TSJ Galicia en sentencia núm. 3748/2015 de 29 junio (JUR 2015\180235) no es así porque el andamio se colocó de forma distinta a lo previsto en el plan, no se revisó ni se hicieron pruebas de carga, lo que inevitablemente conduce a determinar su responsabilidad; y una vez más se hace aplicación del principio de concurrencia de culpas para imponerlo en grado mínimo por concurrir imprudencia no profesional del trabajador y de sus compañeros al no comprobar el atado de la manguera al andamio. La resolución se pronuncia igualmente sobre la excepción de prescripción formulada, al no haber transcurrido cinco años desde que la acción pudo ejercitarse y la resolución, por cuanto el plazo quedó interrumpido por la tramitación del expediente y por el ejercicio de acciones penales.

³⁸¹ En lo tocante a la pluralidad de empresarios es obligada la cita de la STS de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999/4705) que incorpora la idea de extender la obligación de seguridad del empresario *a todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control*.

desarrollarlas en un mismo centro de trabajo³⁸². Dicho deber se extiende igualmente al empresario titular del centro de trabajo, aunque no desempeñe actividad alguna, siendo que la empresa principal además de ello viene obligada a vigilar su cumplimiento por los contratistas que realicen obras o servicios de su propia actividad *y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo* o fuera de los mismos si la maquinaria, los equipos, productos, materias primas o útiles son proporcionados por aquélla³⁸³. En este amplio tejido de relaciones entre empresas todavía persiste la idea del empresario infractor al que atribuir la responsabilidad última del recargo pero es obvio que ese deber general de protección debe ser matizado en intensidad a la luz de la casuística que a continuación destacamos y en función del papel que cada una de ellas desempeña en los distintos supuestos que se analizan.

3.1. En contratas y subcontratas.

En el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de la contratista se fija en base al deber conjunto que impone el régimen de coordinación de actividades³⁸⁴ dentro del marco legal que hemos expuesto y en consideración al centro de trabajo. Sin duda, el precepto de referencia es el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que impone que las obras que se contraten o subcontraten con otras se correspondan con la propia actividad. Este requisito se difumina como hemos visto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que en su artículo 24 sienta la coordinación distinguiendo en sus primeros apartados bien la que debe darse entre las empresas que comparten espacio físico bien la del empresario titular del centro respecto de *aquellos otros que desarrollen actividades en su centro de trabajo*, para en el tercero mantener el juego entre la principal y el contratista o subcontratista manteniendo el criterio identificador de la *propia actividad*³⁸⁵.

³⁸² El concepto amplio de centro de trabajo no se corresponde con el que establece el art. 1.5 ET (*unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral*).

³⁸³ La ley 54/2003 reforma el marco normativo de la prevención de riesgos laborales y el Decreto 171/2004 de 30 de enero desarrolla el artículo 24 LPRL que comentamos.

³⁸⁴ Este mecanismo se ilustra recientemente en la sentencia que dicta el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en fecha 25 de mayo de 2016, recurso de suplicación 1086/2015.

³⁸⁵ El deber específico de vigilancia que contiene el apartado 3 del precepto se impone solo cuando se dan los tres requisitos que el mismo señala, esto es, que la contrata o subcontrata sea para la realización de obras o servicios; que se correspondan con la propia actividad de la empresa principal, y que se desarrollen en los centros de trabajo de la empresa principal, destacándose además que la propia LISOS en su artículo 42.3 venga a reforzar el cumplimiento de esta obligación. Así lo desataca SAGARDOY DE SIMÓN, I., en *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Aranzadi, 2008.

3.1.1. Delimitación de lugar y centro de trabajo.

De ahí que el rasgo decisorio de responsabilidad sea delimitar el centro de trabajo para declarar la solidaridad o no entre las empresas que lo comparten. Ya no se requiere la pertenencia a una misma profesión; solo con ostentar la condición de empresario y ser titular del centro en que la actividad se desarrolla es suficiente para desplegar responsabilidad si se omiten los deberes de informar e instruir acerca de los riesgos en que el accidente laboral o la enfermedad profesional puede darse o contraerse. En este punto la sentencia de 7 de octubre de 2008 (RJ 2008/6969) que dicta el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), marca un grado de evolución interpretativa en que merece la pena detenerse³⁸⁶. Ahora el substrato fáctico y legal viene constituido en primer lugar por el lugar *bajo el control y la inspección de la empresa principal o de la contratista -en caso de subcontrata- o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de éstas*; y después se incorpora un elemento de resultado basado *en que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ellas*, produciéndose así una red de implicaciones personales entre los trabajadores de todas las empresas que necesariamente deben conducir a una declaración de responsabilidad solidaria³⁸⁷.

Sobre la noción de empresario infractor es claro que la doctrina jurisprudencial amplía su campo de aplicación por cuanto ya no se trata de singularizarlo en la persona física o jurídica que lo encarna, ni tan siquiera se discute si las empresas intervinientes se dedican o no a la misma actividad. Lo importante ahora es determinar el alcance de la responsabilidad y ello se lleva a cabo aclarando si el accidente tiene lugar en un centro de trabajo u otro³⁸⁸, toda vez *en ese ámbito de conexiones e interferencias mutuas es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al*

³⁸⁶ Toma por fundamento y antecedente la doctrina del mismo Tribunal Supremo, contenida entre otras, en sentencia de 26 de mayo de 2005 (rec. 3726/2004, RJ 2005/9702), recordando las de 18 de abril de 1992 (rec. 1178/1991, RJ 1992/4849) y 16 de diciembre de 1997 (rec.136/1997, RJ 1997/9320).

³⁸⁷ Expresa enérgicamente, con cita de la sentencia de 18 de abril de 1992 (RJ 1992, 4849), que *es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control*" (En el mismo sentido la sentencia de 5 de mayo de 1999, recurso 3656/1997 (RJ 1999/4705).

³⁸⁸ De este modo se señala en la STS de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999/4705), que extiende la noción de empresario infractor a la luz del artículo 153.2º de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971.

*empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Pero no basta con esa referencia física al lugar de trabajo*³⁸⁹. Para que se extienda la responsabilidad en la reparación del daño al titular del establecimiento debe incumplirse una obligación de seguridad que toma como marco el *conjunto productivo que se encuentra bajo su control*. De ahí que quepa - como hace la sentencia que comentamos- la imputación de responsabilidad incluso a la Administración Pública por ostentar la titularidad del centro en que el accidente acontece e incumplir su deber de vigilancia de la normativa de seguridad³⁹⁰.

El Tribunal Supremo tiene fijados los conceptos de *centro de trabajo* y *lugar de trabajo* a efectos de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo. Así, con anterioridad a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales la sentencia que dicta el Tribunal Supremo el 18 de abril de 1992 (RJ 1992/4849) funda la responsabilidad solidaria con apoyo en el artículo 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social de 1988, al establecer que *los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de Seguridad e Higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista*³⁹¹. También hace aplicación del artículo 17 del Convenio número 155 de la Organización Internacional Trabajo sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo, ratificado por España mediante Instrumento de 26 de julio de 1985 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 11 noviembre de ese mismo año que, para el supuesto de que *dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo, establece un deber de colaboración entre las mismas en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene*.

El estrecho margen del *centro de trabajo* ha sido sustituido por el más amplio de *lugar de trabajo* que contiene el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y desarrollado por el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en materia de

³⁸⁹ El artículo 2 del RD 486/1997 establece que *se entenderá por lugares de trabajo las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder en razón de su trabajo*.

³⁹⁰ En concreto, se condena a la codemandada Junta de Castilla y León. Así lo estimó también la sentencia de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9320) añadiendo que, *aunque esta doctrina se estableció en la sentencia de 18 de abril de 1992 en un caso de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, lo importante no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad*.

³⁹¹ Para la referida sentencia constituye centro de trabajo *un poste eléctrico en medio del campo* si en ese punto tiene lugar el accidente, extendiendo la noción de empresario infractor a la empresa eléctrica titular del mismo por lo que se declaró la responsabilidad solidaria de principal y contratista.

coordinación de actividades empresariales, que en su artículo 2 amplía el concepto a cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo, considerando también empresario al titular del centro de trabajo, esto es, a la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el mismo³⁹².

Sin duda alguna es la confusión que genera la presencia de varios empresarios el factor que hace nacer ese mecanismo reforzado de seguridad que representa la declaración de responsabilidad solidaria. Pero no siempre en la base de este planteamiento se encuentra una razón de identificación real del infractor sino un elemental principio de reparación. Traspasar los muros del contrato de trabajo ha sido difícil porque se ha chocado con la noción clásica del concierto de voluntades sobre un objeto y causa lícitos. La doctrina ha venido evolucionando hacia posturas de corte más flexible que han hecho posible transcender el corsé contractual para situarse en terrenos abiertos donde el vínculo formal ha sido sustituido por razones de interés general o simplemente por criterios de justicia distributiva.

Por ello se hace obligado que el enjuiciamiento del orden social sea pleno respecto de la estructura de responsabilidades entre las distintas empresas que concurren en el mismo centro de trabajo en que el accidente acontece, desde la promotora hasta las subcontratistas pasando por la principal³⁹³. Es muy interesante la diferencia entre la responsabilidad por hecho ajeno, que es el supuesto clásico de solidaridad, y el concurrente de cada una de las empresas intervinientes en el proceso, donde cabe apreciar la singularidad de la infracción que se comete; o mejor de las distintas y separadas infracciones de cada una de las intervinientes, conforme a las distintas intensidades que pueden darse en su respectivo papel de prevención. Porque, en efecto, lo que en realidad se da consiste en una *suma de incumplimientos singularizados de cada una de las implicadas*, lo que necesariamente implica el marco de responsabilidad que determina el artículo 24.3 LPRL en relación con el 42.3 LISOS, toda vez la referencia a la solidaridad viene marcada entre la empresa principal y las contratistas³⁹⁴.

³⁹² STS 10 de diciembre de 2007 (RJ 2008/200).

³⁹³ GONZÁLEZ ORTEGA S., en *La responsabilidad por recargo de prestaciones en el caso de concurrencia de actividades*. (Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm. 10/20122/2012. BIB 2012\643. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012) analiza con atino esta cuestión en el comentario a la STSJ de Navarra, dictada con número 429/2011, de 30 de diciembre, actualizando una cuestión procesal interesante cual es la prejudicialidad legal expresa que impone el 42.5 LISOS en orden a dar prioridad a los hechos probados de las sentencias dictadas en el orden contencioso administrativo: desde que ley 31/2011, reguladora de la jurisdicción social, atrajese el conocimiento de la responsabilidad administrativa o sancionadora a este especializado orden, tal exigencia ha dejado de tener virtualidad.

³⁹⁴ La relación de causalidad entre la caída del trabajador provocada al abrirse la escalera de tijera por los anclajes de arriba y la infracción empresarial del art. 3 del RD 1215/1997, de 18 julio, es el supuesto que estudia la sentencia núm. 868/2015 de 25 marzo del TSJ Andalucía, Sevilla (AS 2015\961); Ello unido a la falta de información y formación en materia de seguridad y riesgos

En ese complejo marco debe destacarse la invocación a la solidaridad impropia que viene a extender el concepto de empresario infractor no solo a la empresa a cuyo servicio nominal se encuentre el trabajador accidentado sino a quien incumplió su deber de coordinar las medidas de seguridad, al margen de su adscripción a una u otra plantilla. De ahí que la infracción pueda ser múltiple y concurren distintos responsables en términos de imputación sin que pueda establecerse una diferenciación radical de ésta, llegándose incluso a la exoneración de la propia empresa para el caso de que pruebe el cumplimiento estricto de sus deberes, aunque al genérico de protección siempre podrá oponerse que fracasó en su tarea de buscar las debidas alternativas de seguridad y que en alguna medida pudo evitar o al menos aminorar los efectos lesivos del siniestro laboral. La conclusión inevitable es doble, primero que el deber de seguridad no puede compartimentarse y que el concepto de *propia actividad* no es determinante ni exclusivo de responsabilidad entre las distintas empresas concurrentes.

Pero la polémica no acaba aquí. El reproche a la figura se centra en su exceso reparador cuando la culpa se extiende sin fundamento a cuantos aparecen implicados en el accidente y entienden que la omisión del deber de vigilancia de la empresa principal no cabe en el núcleo de la responsabilidad que el mismo despliega. Se llega así a una responsabilidad de corte objetivo, impropio –dicen– de un concepto que debe ajustarse a la persona estricta de quien infringe. Pero se olvida que en la tarea de evitar los siniestros laborales existe una dimensión pública ineludible y que el compromiso alcanza a toda la sociedad³⁹⁵.

3.1.2. Descentralización productiva.

Los matices en la casuística siempre son importantes y la mayor parte de las veces también muy elásticos. Para la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 es determinante el concepto de *misma actividad* que su precedente, la de 7 de octubre de 2008 que hemos comentado antes en su condena a la Junta de Castilla y León por faltar a su deber de vigilancia, había descartado. En este caso la

laborales, sin contar con experiencia alguna y constando que era el primer día de trabajo determina la imputación solidaria de contratista y subcontratista. Extensión de responsabilidad que no se da en el supuesto de la promotora, conforme establece el TSJ de Cataluña en su sentencia núm. 1529/2015 de 27 febrero (JUR 2015\110958) que desestima tal pretensión por tratarse de obras ajenas a la propia actividad.

³⁹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V., *¿Responde la empresa principal del recargo de prestaciones impuesto a la auxiliar?* en Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2/2008 (BIB 2008/445), mantiene que la evolución jurisprudencial prácticamente convierte en automática la responsabilidad de la empresa principal y se plantea la duda siguiente: *¿el nexo causal existe entre el incumplimiento del deber de vigilancia y el accidente o, más bien, entre éste y la infracción sobre garantías de los andamios? No estamos en responsabilidad indemnizatoria, sino ante un recargo de prestaciones, y la traslación argumental a que hemos asistido no parece que sea sostenible.*

subcontratista se dedica al sector de la construcción y el accidente tiene lugar en una obra ajena a la empresa principal, cuya actividad es la fabricación de vidrio. Pero ya vimos cómo el criterio de *centro de trabajo* ha quedado superado por el más extenso de *lugar de trabajo* al que debe extenderse el deber de vigilancia del empresario principal. En este caso no se aprecia infracción de su deber de protección porque, aunque el edificio que se estaba demoliendo era de su propiedad, las tareas de vigilancia fueron cedidas a la contratista. Y en esa cesión encuentra base suficiente para proceder a la absolución de la empresa principal, añadiendo con sutileza otro argumento: las obras de demolición se realizaban en centro de trabajo que, en dicho momento, no formaba parte de sus instalaciones siendo además que *la determinación del mecanismo adecuado para el desmonte de las vigas es tarea que incumbía al contratista y no al empresario principal*. Obviamente, se vuelve a restringir a voluntad la noción de *lugar de trabajo* que sufre una importante limitación al punto de excluir la obra como parte de las instalaciones de la empresa principal en razón a su carácter improductivo momentáneo, como si fuera totalmente ajeno a sus intereses y la cesión de dicha tarea a la contratista la dejara al margen de todo control. No parece lógica esta respuesta de Nuestro Más Alto Tribunal que, aunque se resista a ello, se aparta sin motivarlo del precedente³⁹⁶.

Se deduce que el Tribunal Supremo es pendular en su juicio sobre la responsabilidad. Y es manifiesto que esta disculpa de responsabilidad fomenta la descentralización, máxime cuando se hace incumpliendo el criterio legal de coordinación de actividades entre empresas concurrentes y se liquida el principio de solidaridad que entre las mismas debe darse, sobre todo cuando están en juego valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico como la vida o la integridad física.

³⁹⁶ De este criterio también participa CARRERO DOMINGUEZ, C. en *Descentralización productiva y responsabilidad solidaria derivada de accidente de trabajo*, Revista Doctrinal Aranzadi Social 3/2011 (BIB 2011/893) que incorpora el matiz de la solidaridad atenuada cuando el incumplimiento es de ambas empresas pero el papel de una destaca sobre la intervención de la otra u otras: *Es evidente que el empresario contratista expone a sus trabajadores al riesgo y tiene todas las obligaciones dimanantes de la LPRL. Lo mismo ocurre, a tenor del art. 24 de la LPRL y 42 de la TRLISOS, con el empresario principal que expone a los trabajadores de la empresa contratista a los riesgos que genera su actividad productiva y que debe también cumplir con toda la normativa en prevención de riesgos laborales. Esta parece ser la razón principal de la solidaridad. Sin embargo, puede ocurrir que, aún exponiendo el empresario contratista a sus trabajadores al riesgo, aquel no lo controle ni lo origine y, por lo tanto, no lo pueda prevenir ni evitar. Si esto es así, parece una solución que satisface más cumplidamente los criterios de proporcionalidad de la responsabilidad con respecto a la infracción que se comete, que el recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad sea impuesto directamente al empresario infractor que en el caso expuesto sería el empresario principal, si él crea el riesgo y, por lo tanto, lo puede eliminar. Ello no impide, por supuesto, que juegue la solidaridad en tanto en cuanto que el empresario contratista que expone a sus trabajadores responderá también, no subsidiariamente, sino al mismo tiempo pero en un segundo plano.*

3.2. En empresas de trabajo temporal.

3.2.1. Fundamentos de imputación.

La infracción de los principios generales de la acción preventiva por inexistencia de evaluación de riesgos determina la responsabilidad solidaria de empresa usuaria y ETT³⁹⁷, debiéndose observar la oportuna relación de causalidad entre la infracción que se comete por carecer de medidas de seguridad adecuadas y el resultado dañoso. En la dinámica de estas relaciones triangulares un supuesto muy común viene determinado por la falta de formación del trabajador en la empresa usuaria que en las mayorías de las ocasiones se torna en cambio de puesto de trabajo. Aquí el juego de responsabilidades es tan variado como el que puede producirse entre empresa principal y contratista que vimos anteriormente, de tal manera que debe estarse a las especialidades de cada situación para determinar en su caso la responsabilidad de una u otra empresa³⁹⁸.

El estricto cumplimiento de sus obligaciones por parte de la empresa de trabajo temporal al tiempo de suscribir el contrato de puesta a disposición conecta con sus obligaciones formativas. Pero la dinámica de la relación de trabajo corresponde a la usuaria por lo que no cabe ocultamiento de la actividad real y concreta a que se destina al trabajador, pues de lo contrario la responsabilidad recae en exclusiva en la empleadora como última destinataria de la prestación laboral. Y ello por aplicación del artículo 28.5.1º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que establece que en las relaciones de trabajo a través de ETT la empresa usuaria será la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. De ahí que los fundamentos de la responsabilidad solidaria hayan sido depurados en la doctrina legal conforme al mecanismo legal y conclusión que siguen³⁹⁹:

³⁹⁷ TSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 541/2010 de 23 septiembre (AS 2010\1839).

³⁹⁸ El TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 9681/2005 de 14 diciembre (AS 2006\501), rechaza el recurso de la empresa usuaria al establecer que *la empresa de trabajo temporal no tiene responsabilidad alguna respecto de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo de sus trabajadores cuando han sido puestos a disposición de otra empresa, al ser sobre ésta sobre la que recae tal responsabilidad durante la vigencia del contrato de puesta a su disposición y en justa correspondencia con las facultades de dirección y control de la actividad laboral que le otorga el artículo 15 de dicha Ley.*

³⁹⁹ Se aprecia recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad cuando los aparatos de transporte, una carretilla en el supuesto litigioso, presenta un defectuoso funcionamiento de frenos y muestra un deficiente mantenimiento; las responsabilidades que se determinan en la relación de trabajo con ETT se califica de solidaria. Así, la sentencia del TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia núm. 891/2005 de 11 julio (AS 2005\2593). En este punto resulta de notable interés el trabajo de SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Interacción empresarial, seguridad y salud y empresas de trabajo temporal*, Seguridad Social y Medio Ambiente nº 116, 2009.

1. El artículo 12.3, párrafo segundo, de la ley reguladora de las empresas de trabajo temporal impone a las mismas la obligación de asegurarse de que el trabajador, previamente a la puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar.
2. Para ello debe tenerse en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que se va a exponer, pues en caso contrario deberá facilitar dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados y durante el tiempo necesario que, previo a la prestación efectiva de los servicios, se incluye en la duración del contrato de puesta a disposición.
3. Cumplida dicha premisa formativa, la celebración del contrato de puesta a disposición solo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15. 1. b) y 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.
4. Asimismo el artículo 28.5 de dicha ley reitera que las empresas de trabajo temporal serán responsables del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud fijadas en los apartados 2 y 3 de ese precepto.
5. Como corolario de tal planteamiento, el principio de solidaridad que subyace no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de los contratos formalizados entre empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y trabajador, sino de una responsabilidad que nace simultánea a la obligación de seguridad integrada con carácter general en el poder directivo del empleador y que en la empresa usuaria se extiende de forma específica a cuantos trabajadores prestan servicios en el conjunto productivo que bajo su control se encuentra.

3.2.2. Supuestos de aplicación.

Se aplica con rigor la responsabilidad compartida de empresa de trabajo temporal en los supuestos de cesión prohibida en obras del sector de la construcción -Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 28 de junio de 2005 (AS 2005/2418)-, cuando se produce el vuelco de un carro en la operación de descargar manualmente un camión con jaulas de pollos en el que resulta atrapado el trabajador que por su condición de extranjero no había recibido la oportuna formación, omisión agravada por el hecho de venir desarrollando una actividad no contemplada en el contrato que había suscrito, lo que en definitiva supone descartar todo atisbo de imprudencia temeraria en su conducta⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ El TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 6880/2013 de 23 octubre (AS 2013\3200) lo tiene declarado del modo siguiente: (.../...) *la empresa recurrente, aunque no solo ésta*

Como queda expuesto, el marco de responsabilidad en este ámbito es variable y se acomoda a cada supuesto; pero un aroma de compartir deberes se impone como consecuencia de la especial naturaleza de la relación triangular entre los agentes implicados. Así, aunque la solidaridad surja a resultas de esas obligaciones compartidas y en un grado de intensidad que no cursa ni se muestra idéntico en el mayor número de ocasiones, identificamos la responsabilidad exclusiva de la empresa usuaria cuando el trabajador no cualificado es contratado como mozo de almacén en un cambio que solo decide la empresa usuaria sin informar en ningún momento a la ETT; así el desempeño por su parte de funciones de carretillero manejando un aparato elevador sin recibir la debida formación para su manejo determina un manifiesto incumplimiento de las normas de seguridad y salud, aun cuando quiera neutralizarse con un reproche a su conducta de imprudencia temeraria que se muestra inexistente⁴⁰¹.

Ya hemos tratado, como aspecto nuclear en el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, la consideración precisa a la relación de causalidad entre la inexistencia de las que se entiende como adecuadas y el accidente que produce. Y de nuevo el resultado debe orientarse a la responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la de trabajo temporal, toda vez al deber de una le sigue su cumplimiento y ejecución por la tributaria de la prestación. También cabe partir de una situación muy común en el ámbito analizado: la ETT no forma al trabajador para desarrollar el trabajo que ha de llevar a cabo para la usuaria sino que lo hace sobre las tareas y funciones correspondientes a otra categoría de las que le correspondían según el contrato de puesta a disposición, limitándose a dar al trabajador unas someras instrucciones generales sin contenido ni aplicación reales⁴⁰².

La falta de formación e información al trabajador sobre los riesgos y medidas a adoptar en el desempeño de su tarea son determinantes de responsabilidad de la empresa usuaria conforme literalmente recoge el artículo 16.2 de la ley 14/1994, de 1

sino también la ETT empleadora del trabajador accidentado de forma solidaria, incurre en un grave incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales al permitir que el trabajador realice unas tareas peligrosas sin establecer ni exigir procedimiento de trabajo que impidiese el final resultado dañoso, que ni siquiera se había descrito, y sin haber dado formación adecuada de carácter general y especial, relativa al puesto de trabajo que se atendía cuando se produce el accidente, al trabajador.

⁴⁰¹ TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), sentencia núm. 36/2010 de 10 febrero (AS 2010\1009).

⁴⁰² En el caso que la sentencia analiza el TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), en su sentencia número 2072/2009 de 28 mayo (AS 2009\2196), se trataba de que rellenara un cuestionario genérico (ejercicios de autocomprobación) y sin que por otra parte supervisara ni vigilara la ejecución de contrato de puesta a disposición suscrito, limitándose a estar en contacto con la dirección de la empresa cliente y a aceptar los partes de días de trabajo.

de junio, que regula las Empresas de Trabajo Temporal⁴⁰³. Su alcance no puede ser más directo: se responde del recargo de prestaciones. Sin embargo, este deber concreto se omite respecto de la ETT en el artículo 12 del mismo texto lo que hace pensar que su responsabilidad se presenta más atenuada, limitada al aspecto formativo previo además de las impuestas en materia de prevención por el artículo 28 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que incluye la información sobre riesgos y la vigilancia sobre su salud, reservando para la usuaria lo relativo a *las condiciones de ejecución del trabajo*. La particular relación del trabajador con la empresa usuaria en lo que respecta, pues, a su protección en materia de seguridad e higiene determina que toda infracción de medidas de seguridad implique el consecuente recargo de prestaciones, lo que evidentemente no excluye la que puede contraer la ETT por razón de solidaridad cuando también resulta declarada responsable por omisión de sus deberes formativos y de vigilancia. La noción de *empresario infractor* es por ello amplia y no cabe limitarla a la previsión literal de la ley, sino a la realidad material y condiciones en que el evento dañoso acontece⁴⁰⁴.

La responsabilidad atenuada de la ETT que venimos planteado se extingue en los casos en que no viene obligada a evaluar los riesgos de la empresa usuaria.⁴⁰⁵ A este resultado no se llega sin embargo cuando se estiman infringidos los deberes de formación, información y evaluación de riesgos determinando la responsabilidad solidaria de empresa usuaria y ETT, por cuanto *la formación del trabajador debe incluir, para considerarse suficiente, la concreta evaluación de los riesgos a que efectivamente va a ser sometida la trabajadora en el puesto de trabajo y las concretas protecciones y actuaciones que debía utilizar, para lo que resulta preciso que la empresa conozca los equipos y máquinas en los que se desarrollará el trabajo, lo que resulta en este supuesto absolutamente desconocido por la empresa*

⁴⁰³ Tal construcción jurídica sitúa la responsabilidad empresarial con unos perfiles comunes a la responsabilidad genérica aquiliana regulada en el artículo 1902 del Código Civil, al requerir, como presupuestos: a) la existencia de una acción u omisión del empresario que tenga el grado de ilicitud necesaria para provocar la consecuencia lesiva; b) que el trabajador sufra un resultado lesivo; c) la existencia de una relación de causalidad entre los dos; y d) la culpabilidad del empresario como agente de aquella conducta. TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección Única), sentencia núm. 2359/2003 de 9 abril (AS 2003\2090).

⁴⁰⁴ El Juzgado de lo Social de Madrid, núm. 31, en sentencia núm. 194/2005 de 27 mayo (AS 2005\1718) lo resume de forma clara: (.../...) *ante la concurrencia de infracciones de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo de que son responsables ETT y usuaria que son concausantes del accidente sufrido por el beneficiario, procede la condena solidaria de ambas a satisfacer el importe del recargo*.

⁴⁰⁵ Así lo ha establecido recientemente el TSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), en sentencia núm. 1/2014 de 10 enero (JUR 2014\25598), que excluye de toda responsabilidad a la ETT del accidente que se debió a la falta de correcta evaluación de los riesgos existentes en el puesto de trabajo: (.../...) *en concreto el riesgo de atrapamiento existente en la parte inferior de la máquina, donde hay elementos peligrosos sin protección, ni controló el método utilizado por los trabajadores para corregir los desajustes de cola provocados por el mal funcionamiento de la pistola dosificadora allí situada, pese a tener conocimiento, por los partes de incidencias, de que los fallos eran frecuentes*.

*recurrente*⁴⁰⁶. Sin duda este criterio de responsabilidad compartida favorece la tesis expansiva de imputar deberes más allá de los términos literales del contrato de trabajo, extramuros incluso de lo pactado en el documento mercantil de puesta a disposición para situarse en el escenario de la protección pública que ya hemos apuntamos y que en el siguiente capítulo abordaremos.

4.- EL DESPLAZAMIENTO DE RESPONSABILIDAD POR ASEGURAMIENTO.

Establecido el recargo como un aumento de las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, analizado el alcance de la noción de empresario infractor y sabiendo que la responsabilidad de su pago puede ser compartida, corresponde ahora centrarnos en la prohibición de asegurarla que contiene el apartado 2 del artículo 123 (actual 164) de la Ley General de la Seguridad Social. Tal impedimento es circunstancial en la historia de la institución y se asocia a su rasgo sancionador; en la lógica del legislador de mitad del siglo pasado se entiende que la represión de conductas constituye un canon de comportamiento favorable a la prevención del accidente en la empresa: imputando a la persona física la responsabilidad directa de la infracción e impidiendo que la misma pueda cubrirse por terceros se logra la mejora de condiciones y el celo por el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en los centros de trabajo.

Pero ello no deja de ser un atributo de naturaleza intencional que, redactado en tiempo verbal de futuro (*no podrá ser objeto de seguro*) contrasta con la forma impersonal del apartado 1 cuando se define su concepto (*se aumentaran según la gravedad de la falta*) y con la de tiempo presente que se advierte en el último apartado cuando declara que la responsabilidad que se regula es independiente y compatible con las de todo orden. Decimos *rasgo intencional de futuro* porque la prohibición que contiene es sobrevenida en el tiempo como en los capítulos precedentes hemos señalado al describir su evolución normativa:

- En el origen de su regulación legal por ley de 1900 no se contemplaba su extensión al régimen de pensiones vitalicias. Solo se autorizaba el aumento de las indemnizaciones por fallecimiento, no de las pensiones. Incluso cabe el aseguramiento de todos o algunos de los riesgos en sustitución de su abono, opción legal que excluye toda posibilidad de incrementarlas al establecerse mediante porcentajes sobre el salario anual de la víctima.
- La Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922 viene a introducir una serie de modificaciones tras más de cuatro lustros de vigencia en su

⁴⁰⁶ En estos términos se expresa el TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), en la sentencia núm. 1351/2012 de 16 mayo (JUR 2012\328608).

aplicación y contiene una prohibición expresa de aseguramiento pero que cabe neutralizar si se hace a través de entidad autorizada y debidamente registrada.

- La prohibición radical viene desde el Reglamento de Accidentes de 1955 que por primera vez introduce el término *recargo* y lo entiende como una verdadera sanción que culpabiliza al empresario físico y en consecuencia prohíbe el desplazamiento de responsabilidad mediante cualquier tipo de seguro.
- Sin embargo, un nuevo escenario se vislumbra con el artículo 15.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que permite en la actualidad el aseguramiento de *operaciones de seguro que tengan como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo* por entidades mercantiles en consideración a la responsabilidad objetiva del empresario sin incluir la que para éste puede derivarse de culpa.

4.1. La cuestionada y decreciente prohibición de aseguramiento.

La prohibición que examinamos se reduce a este enunciado: la comisión de un ilícito hace inviable su aseguramiento. Pero si en lugar de una infracción dolosa estamos solo ante una vulneración de normativa administrativa o sencillamente de carácter objetiva, no parece justificado el rigor que muestra el precepto.

La nulidad de pleno derecho de cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla, en referencia a la responsabilidad del pago del recargo, debe analizarse en el contexto de la institución del seguro privado que tiene como exponente la definición que el Código Civil hace del mismo en el hoy derogado artículo 1791⁴⁰⁷: *contrato de seguro es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles o inmuebles asegurados, mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes*. Es ésta una definición incompleta del seguro, pues deja fuera el de personas, siendo que existen otras clases entre las que distinguimos los seguros privados de los sociales y los meramente civiles de los mercantiles. Así, el recargo sin duda se movería dentro del ámbito social por constituir una medida de previsión de carácter público que tiene por objeto la protección del trabajador contra determinados riesgos; por ello es también seguro de personas pues proporciona al asegurado una suma o cantidad para cierto evento como el accidente o la merma de integridad física que sufra el obrero en el desempeño de su tarea ya sea de forma temporal o permanente.

La incertidumbre del riesgo, consustancial a todo seguro, tiene como correlato sinalagmático la obligación de pagar la prima por parte del asegurado y la indemnización que corresponde al asegurador. Trasladado este esquema al recargo

⁴⁰⁷ Derogado por ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

resulta contradictorio que no pueda asegurarse un aumento de prestación cuando el tronco de la misma ya de por sí constituye un seguro público; es como si ese aumento se percibiese como un añadido envenenado que se desdice de su propia naturaleza y que siendo prestación se le obliga a dejar de serlo como reproche a una conducta ominosa y prohibida en un ejercicio de transformismo que no solo ofende la naturaleza de la institución jurídica sino que vulnera el sentido mismo del contexto en que se regula. Por ello la prestación a que hace referencia el primer apartado del artículo analizado nace y se desarrolla en un ámbito de aseguramiento incuestionable. No tiene sentido, pues, salir de ese escenario para seguidamente (y además de forma brusca) amputar una de sus cualidades so pretexto de una infracción del empresario. El seguro público garantiza una prestación económica que no puede dejar de serlo ni renunciar a sus propiedades esenciales porque se aumente. Pero se quiere dar la imagen de que a una determinada base se incorpora como elemento extraño un aumento que necesariamente no puede alterar su naturaleza porque etimológicamente no es posible ni llamarle de otro modo ni darle un tratamiento distinto.

Sentada esta premisa, ningún sentido tiene prohibir el aseguramiento a un aumento ya sujeto a sus reglas; esto es, por el mero hecho de ser un alargamiento de la prestación básica o inicial la lógica del seguro viene a incorporarse íntimamente a esa parte del todo. Y si el seguro público actúa sobre la base que conecta a las partes del contrato mismo con un beneficiario (representados en las personas del empresario, la Seguridad Social y el trabajador), no hay motivo alguno para que esa lógica se rompa y se proceda a un aseguramiento díscolo y distinto que ninguna coherencia tiene con las coordenadas que inmediatamente antes se han establecido. Trastocar esa relación triangular (¡al punto de desnaturalizarla!) implica también despojar al asegurado de su condición, convirtiéndole en un proscrito para al mismo tiempo dejar fuera de toda responsabilidad al ente asegurador y condenar al tercero perjudicado al papel de mero destinatario desdibujado sin la certeza de cobrar la indemnización por el daño causado.

4.2. La naturaleza pública de la prestación y su recargo.

El derecho a la Seguridad Social determina un ámbito distinto al seguro privado. El artículo 41 de la Constitución marca el contexto en que debemos situar la figura que analizamos y proclamar con fuerza la dimensión y alcance públicos de que goza. Ello condiciona el debate de su naturaleza como ya vimos, toda vez cabe oponer esta dimensión social a las prestaciones complementarias que en este caso sí tienen carácter libre en el sentido de voluntario, pues junto a la Seguridad Social básica y obligatoria se encuentra un ámbito de protección complementario y ajeno al Sistema que constituye excepción de los principios de igualdad y solidaridad, entendidos éstos como el fundamento de su universalidad. Nucleado, pues, en torno a la llamada previsión social voluntaria (entre los que se incluyen los Planes y Fondos de Pensiones) representa un conjunto heterodoxo y disperso de fórmulas de protección

que complementan las de naturaleza institucional, entre las que sin duda se encuentra el recargo de prestaciones. De igual modo que cabe asegurar el accidente, la incapacidad, la vida o cualquier otra contingencia personal, la amplitud del seguro de personas permite establecer su compatibilidad con la pensión pública que representa el recargo. Las mejoras voluntarias se centran en el ámbito del artículo 39 de la Ley General de la Seguridad Social y nada impide el mejor aseguramiento de los riesgos derivados del contrato de trabajo, con inclusión de los relativos a las contingencias profesionales. Sin embargo nuestra figura no se encuentra en el ámbito del aseguramiento privado de personas propio del Derecho Civil o Mercantil, sino en el contexto de lo público que caracteriza el sistema de Seguridad Social conforme a sus principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.

Por ello no debe sorprender la prohibición de asegurar una prestación (¡y el recargo lo es al configurarse como aumento y parte de ella!) que permanece al margen de esa lógica contractual. Responsabilizar al empresario de su pago es opción legislativa perfectamente compatible con su naturaleza prestacional, del mismo modo que la determinación de quién sea o haya de ser el autor de la infracción que se comete y la intensidad del aumento según la gravedad de la falta. Todos estos son factores sustantivos a considerar en un procedimiento administrativo, ordenado y quizá complejo por la variedad de formatos en que puede presentarse, pero sin duda presidido por un afán resarcitorio y tuitivo de carácter público propio de la Seguridad Social.

4.3. Imposibilidad de aseguramiento privado o complementario.

La coherencia y los fundamentos expresados determinan que solo quepa interpretar la prohibición de *poder ser objeto de seguro alguno* en el marco de lo complementario, de lo privado. Así lo impone su innegable naturaleza de prestación incluida en la acción protectora de Seguridad Social y que goza de todos sus caracteres, incluido el de cesión total o parcial, compensación o descuento, conforme destaca el artículo 40.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

Esa prohibición expresa de desplazar la titularidad de las prestaciones (y de sus recargos como expresión aumentada de las mismas) es idéntica a la que justifica la imposibilidad de contratar cualquier clase de seguro por parte del empresario infractor, toda vez se ha querido anclar a la persona responsable la imputación de su carga. Es este el mecanismo y no otro el que se instala en el apartado 2 del tantas veces citado artículo 123 del texto básico, lo que nos permite desterrar criterios de sanción y trasladar el debate al escenario de la responsabilidad objetiva y de los criterios sancionadores o incluso preventivos o ejemplarizantes que toman verdadera carta de naturaleza con la publicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en el año 1995.

La imposibilidad de asegurar y la condena (prácticamente anunciada) por infracción de un deber genérico son dos ingredientes muy incómodos para superar el recelo de este instituto jurídico, siempre cuestionado y al tiempo renovado en cada crisis que ha venido superando en sus más de ciento quince años. Y es claro que ambos elementos pueden sintetizarse en la consecución de óptimos resultados prácticos si se derribase la frontera de aquella negativa y se rebajase el componente sancionador, cada vez más distante de la figura del empresario y más próximo al compromiso público. Sobre las ventajas de mantener su prohibición se quiere destacar la de su fuerza disuasoria del accidente propiciando un mayor celo del empresario en la vigilancia y aplicación de la normativa de seguridad. Pero todo es cuestión de armonizarlo con la dinámica de los diversos sistemas de prevención y del compromiso de los agentes implicados⁴⁰⁸. Sin duda es cuestión que se sitúa extramuros del juicio que nos ocupa y que en todo caso es opción que en exclusiva compete al legislador.

Por nuestra parte, en funciones de mera observancia, sí estamos en condiciones de afirmar que la prohibición de asegurar el recargo descansa en el bien intencionado propósito de prevenir y disuadir el accidente, intensificando quizá con exceso la responsabilidad única del empresario y evitando por el contrario la de la Administración Pública, a la que una determinada corriente jurisprudencial ha venido favoreciendo al negarle un papel similar o alternativo al que corresponde jugar a aquel. Y como después sostenemos, tal situación es susceptible de corregirse atendiendo las exigencias que la propia materia impone por razón de solidaridad.

Por ese camino estamos transitando: debemos hacer caer los mitos que ciegamente se han instalado en la larga historia de esta institución. Porque, como venimos constatando, la responsabilidad no es exclusiva y sí directa. Y la culpa en efecto no es transferible, pero sí los riesgos del trabajo: el análisis de la responsabilidad compartida quiebra con ese monolitismo conceptual y atávico que supone acomodarse a un planteamiento ya de interés ya circunstancial; y siempre superable.

Por ello nos atrevemos a considerar que el debate sobre la naturaleza del recargo ha sido más doctrinal que real, incluso más ficticio que legal. Una prestación de Seguridad Social no puede ser objeto de seguro alguno. Ahora bien, ¿puede la Administración declarar responsable del pago de parte de la prestación (el recargo) al empresario en razón a su comportamiento infractor? Por supuesto, no solo en este aspecto sino en otros muchos; tanto en el ámbito de la relación de trabajo como en lo tocante al régimen de cotización, los deberes del empleador se muestran nucleares en el nacimiento y devengo de la prestación misma. Además, conforme al artículo 41.1 de la propia ley general de Seguridad Social la imputación de responsabilidad, en primer lugar y con carácter preferente, recaerá en las entidades de Seguridad Social

⁴⁰⁸ Vid. *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Servicio de Publicaciones del Ministerio del Trabajo, Madrid, 1975.

cuya gestión les esté atribuida, *siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas*, siendo además que cabe también imputarlas *a entidades o personas distintas de las determinadas en el apartado anterior*, bastando para ello únicamente acudir tanto al propio texto refundido, que así lo autoriza en el apartado 2 de ese precepto, como a sus disposiciones reglamentarias o especiales.

En resumidas cuentas, es facultad de la propia ley imputar el pago de parte de la prestación (el recargo) al empresario infractor en los casos que así lo considere. Y así lo hace literalmente en la primera parte del número 2 del artículo 123 del texto legal en el supuesto de que acontezca alguno de los supuestos del número 1 (imputación directa de responsabilidad en el pago del recargo) para a continuación derivar a su consecuencia lógica: porque se trata de una prestación pública, *se declara nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla*.

4.4. Aseguramiento de prestación y aseguramiento de la prevención de riesgos.

Se ha querido entender como una brecha que contradice la taxativa prohibición de aseguramiento prevista en la LGSS la autorización que el artículo 15.5 LPRL contiene a favor del empresario respecto de sus trabajadores para concertar operaciones de seguro (que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo). Pero a nuestro juicio supone una vía que no altera ni un ápice aquella redacción. En primer lugar porque el recargo se mueve en el contexto de la acción protectora de la Seguridad Social regulando el tratamiento de una prestación nacida, eso sí, por la infracción del deber de protección del empresario; y por el contrario, esa posibilidad abstracta de concertar operaciones se mueve en el contexto de los principios de la acción preventiva que literalmente enuncia el precepto mencionado de la ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. Por ello no puede darse contradicción alguna de contenidos al regularse materias distintas en contextos sustancialmente diferentes. Asegurar una prestación nada tiene que ver con acometer operaciones de seguro en materia de riesgos laborales.

La prohibición de asegurar el recargo, pues, se impone de forma natural, sin que quepa acudir a interpretaciones forzadas para excluirla o entenderla inaplicable. Es cuestión sin duda de alcance: se ha venido entendiendo que esa imposibilidad impide su anticipo por la Seguridad Social como si de cosa distinta se tratase; pero a nuestro juicio ese efecto también es falaz y simulado. El seguro público debe anticipar la prestación porque así lo exige el contenido del artículo 126 (actual 167) del texto legal comentado. Ahora bien, si se entiende el recargo como algo ajeno y distinto a la prestación pública -que se abona por el empresario infractor separadamente- entonces cabría la opción de impedir ese desplazamiento de responsabilidad. Pero ese

argumento se nos muestra artificial e interesado. Establecido como parte de la acción protectora de Seguridad Social y configurado su ámbito y condiciones de nacimiento en el apartado 1 del artículo 123 del anterior texto refundido, se ha querido identificar su figura con una serie de propiedades singulares entre las que destaca que la responsabilidad de su pago recaiga directamente en el empresario infractor y como consecuencia lógica que sea imposible su aseguramiento, pero no porque sea algo diferente y separado sino porque ya forma parte de una prestación pública y se quiere cargar sobre las espaldas del empresario que infringe por razones de ejemplaridad y de prevención indisimuladas. Sin duda, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se mueve en la dinámica social que su propio enunciado proclama, pero no toca ni regula aspectos prestacionales algunos. No cabe entender por tanto que el artículo 15.5 del citado texto preventivo proceda a la derogación o al cuestionamiento solapado de lo que con carácter general antes ya dispuso (y ahora sigue disponiendo) el texto básico de Seguridad Social.

Cuestión distinta a la derogación tácita es su conveniencia de cambio que en términos de *lege ferenda* cabe plantear. Y ello se hace bien desde el propósito de asegurar su cobro por parte del trabajador ante la eventual insolvencia de la empresa (ya hemos señalado que en estos casos la Seguridad Social rechaza el abono de su anticipo so pretexto de negarle naturaleza de prestación); bien, constatando el nulo efecto de su vertiente sancionadora en la prevención del accidente o la enfermedad profesional y la existencia de otros medios reparadores o de estímulo que el legislador se viene resistiendo a regular.

5.- EL RECHAZO DE RESPONSABILIDAD POR LA SEGURIDAD SOCIAL.

En el apartado anterior hemos visto que no cabe asegurar la responsabilidad del recargo porque así lo ha dispuesto expresamente el precepto legal. Es una opción legal y con ello se busca por razón de política jurídica un determinado resultado: estimular el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos del trabajo, aprovechando un recurso histórico que entre los muchos rostros que presenta posee uno que castiga al empresario infractor con el pago de parte la prestación que el trabajador cause, aumentando ésta por razón de criterio objetivo entre un 30 y un 50% según la gravedad de la falta, que no en razón del daño causado. Estos mimbres por sí mismos no tienen contestación porque son resultado de cuanto expresa la letra de la ley. Por ello la prohibición de asegurar el recargo podremos calificarla de arcaica e inoperante pero nunca reprochar que la misma responda a una interpretación artificial o forzada de la norma, vista la claridad que sus términos revelan.

El desplazamiento de la responsabilidad puede impedirse sobre una parte de la prestación en que el recargo se configura, pero no debería existir problema alguno

para que su abono pudiera ser asumido por la aseguradora pública en que se constituye la propia Seguridad Social. Y ello es así porque, a contrario de lo que hemos referido respecto del aseguramiento privado en que su negación es expresa, el anticipo de las prestaciones es deber jurídico que en sentido positivo está establecido por ley para toda suerte de prestaciones⁴⁰⁹, concebidas como entidades íntegras aunque pudieran descomponerse en razón a su estructura compleja como sucede en el recargo y, de forma muy gráfica, en los supuestos de gran invalidez o incapacidad permanente total cualificada.

5.1. Ni anticipo de prestación ni subsidiariedad de pago.

Ha sido cuestión de mero voluntarismo. El artículo 38 de la anterior Ley General de Seguridad Social imputaba la responsabilidad del abono de las prestaciones a las entidades gestoras que las tuviesen atribuidas siempre que diesen cumplimiento a los requisitos legales, siendo posible su desplazamiento a terceros, entidades o personas distintas, conforme al texto refundido o sus disposiciones de desarrollo o especiales. Y así, el artículo 126 del citado texto -en el específico marco de la acción protectora del Régimen General- sentaba en su primer apartado que, causada una prestación, se imputará la responsabilidad a las entidades gestoras, mutuas, empresarios o servicios comunes, sin que se fracture o descomponga la misma. En razón a este esquema (que sigue vigente) se responde de toda la prestación, minorada o aumentada, básica o excedida, singular o compleja, considera como un todo y en atención a su propia naturaleza.

Adviértase que el incumplimiento de las obligaciones determinará la exigencia de responsabilidad en el apartado 2 del artículo 126 del citado texto básico; pero este precepto solo contempla los supuestos de obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización. Nada se establece para el caso específico del recargo. Sin embargo en el siguiente artículo, el 127, después de regular los supuestos especiales de responsabilidad en contratas y sucesión de empresas⁴¹⁰, se refuerza la postura que

⁴⁰⁹ El tenor literal de la Orden de 18 de enero de 1996, que desarrolla el Real Decreto 1300/1995 sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social, determina que *los incrementos de pensión que impongan las declaraciones de responsabilidad empresarial se abonarán después de que se constituya el correspondiente capital por la empresa obligada, sin que en ningún caso proceda el anticipo por la entidad gestora.*

⁴¹⁰ Además de la transmisibilidad es importante reconocer que la nueva doctrina se manifiesta en cuanto al alcance temporal del recargo que extiende a las nacidas en cualquier tiempo y distingue entre las causadas y las generadas con anterioridad a la transmisión pero que son de aparición tardía como es el caso de las enfermedades profesionales. Y también que resulta de aplicación no solo a los supuestos de fusión por absorción entre empresas sino también a los de mera sucesión entre las mismas por cualquier clase de título. PANIZO ROBLES, J. A., *Un nuevo problema en los casos de sucesión de empresas: la empresa sucesora ha de responder solidariamente con la sucedida del recargo de prestaciones de SS por falta de medidas de seguridad en el trabajo (STS de 23 de marzo de 2015. RCUd. 2057/2014).* BIB 2015\2073. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2015.

mantenemos en orden a considerar la prestación única e íntegra sin otorgar tratamiento distinto al recargo al que se considera prestación misma: *cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones*, por la entidad gestora, servicio común o mutua, ello sin perjuicio de las indemnizaciones procedentes y del derecho de repetir contra el tercero responsable, incluso el coste de las prestaciones sanitarias.

El anticipo de prestaciones que incorpora el número 3 del referido artículo 126 (ahora 167) se hace sin condiciones y sin matices en el párrafo primero: se paga con subrogación de derechos y acciones incluso en empresas desaparecidas o que no puedan ser embargadas. Sin embargo es importante y significativa la modificación que incorpora la ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que en un segundo párrafo limita la cuantía de esa garantía a dos veces y media el salario mínimo vigente en el momento del hecho causante o al importe del capital coste para su pago por la mutuas o empresas responsables, cuyo cálculo incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento (público se entiende) *pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo a que se refiere el artículo 123 de esta ley*. Es decir, de un plumazo se ha considerado que la garantía debe limitarse a una cuantía donde unos conceptos suman y otro, el recargo, resta. Y sin merma de su carácter prestacional: solo se establece que ese aumento no forma parte del anticipo que se garantiza. No se da razón alguna. Es también razón de política legislativa, como los términos en que haya de ejercitarse el derecho de subrogación que contienen los dos párrafos siguientes. Pero una línea roja se ha cruzado en la confusión de esta maltratada institución jurídica y, sobre todo, en su desmantelamiento por derribo.

Si la prohibición expresa de anticipar el recargo se consuma por ley de diciembre de 2001, desde mucho antes (al menos desde la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993, RA 1993/1714) la postura de eludir el recargo de forma subsidiaria por falta de pago ya estaba determinada. Y todo -como hemos señalado antes- en razón a la consideración desvirtuada de entender la figura como elemento autónomo y distinto de la prestación que complementa: una aportación más al inacabado y proceloso debate sobre su naturaleza y tratamiento⁴¹¹.

⁴¹¹ Una de las últimas propuestas de reforma es potenciar la participación de la sociedad civil en la lucha contra la siniestralidad laboral, al amparo de la audiencia que se prevé en el artículo 24 1 c) de la ley 50/1997, de 27 de noviembre, contando para ello con las organizaciones representativas en los procesos de elaboración normativa y ejecución de proyectos de salud y prevención laboral. Así, DEL REY GUANTER, S. en *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*. La Ley, 2008.

Seguidamente queda condensada la confusión nacida en relación con el Reglamento de Recaudación que curiosamente ya no habla de recargo *de* prestaciones sino de recargo *sobre* prestaciones. El matiz no es accesorio, sino todo lo contrario: sintetiza la transformación de un verdadero fraude al sentido común y, por ende, a un elemental sentido de justicia, solidaridad y real reparación del daño producido a resultas del accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Lo que constituye un derecho consolidado se somete a un torpe y oportunista criterio de disponibilidad financiera con el argumento de que el mismo no debe entenderse con carácter absoluto, produciendo un resultado de laminación al colocarlo fuera de la acción protectora de la Seguridad Social. Así ha sucedido con el recargo en los supuestos de insolvencia del empresario condenado a su abono: si el trabajador no llega a cobrar el recargo la causa hay que buscarla en la imperfección del sistema y en las limitaciones presupuestarias, en absoluto en el mecanismo ajado que lo consiente y tutela. La paradoja llega al punto de entender que ningún desamparo se produce y que tal solución es consecuencia de la naturaleza sancionadora del recargo⁴¹² que impide toda transferencia de responsabilidad en caso de infracción culpable del empresario⁴¹³. El remate de esta postura no puede ser más expresivo:

De esta doctrina se desprende, con toda evidencia, que ni el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ni la Tesorería General tienen obligación alguna en relación con el abono del recargo que se viene examinando.

Pero la realidad desmiente tan rotunda conclusión. Primero porque esa innegable vertiente sancionadora no puede eclipsar su auténtica esencia reparadora y prestacional, con independencia de que encuentre base en un quebranto al deber de seguridad del empresario. Y después porque en relación con el abono la responsabilidad directa de éste no puede ser excusa para que la Administración asuma sus obligaciones de anticipo al tratarse de una verdadera prestación; mejor, de una parte de la prestación que en absoluto merece un tratamiento distinto y segregado del resto. Aunque desde la reforma por ley 24/2001 se haya excluido su importe del capital coste necesario para efectuar el pago anticipado que establece el apartado 3 del artículo 126 del texto refundido de Seguridad Social. Pero se trata de un mero límite que deja inalterada la naturaleza de la prestación que se anticipa y que debe entenderse coyuntural o transitorio en razón de un cambio legislativo forzado por circunstancias sobrevenidas.

⁴¹² La responsabilidad en el pago del recargo para el Tribunal Supremo corresponde, en todo caso, a la empresa y no a la entidad gestora, como tiene confirmado en sentencia de 4 marzo pasado (RJ 2015\1434), clara expresión de la dimensión punitiva que conserva y que viene amparando su falta de abono en contra de su cada vez más presente naturaleza prestacional.

⁴¹³ Sin duda el principio de protección social proclamado por el art. 41 de la Constitución Española no puede tener un alcance ilimitado. Está sujeto a restricciones, especialmente de naturaleza financiera; pero esta obviedad no puede constituirse en pretexto para su laminación o transformación sustantiva.

La obligación de pago de todas las prestaciones constituye la regla básica. Su limitación obviamente siempre responde a razones de oportunidad y la exclusión del recargo es también una decisión de política legislativa pero, sobre todo, una operación de cálculo que no puede ni comprometer su alcance resarcitorio ni alterar sus propiedades: porque en su centenario periplo las instituciones jurídicas pueden pasar por muchas vicisitudes pero resulta grotesco trastocar su genética, confundiendo lo errático con el desatino más clamoroso. Y justo esto último es lo que con el recargo ha venido aconteciendo, como lo muestra el matiz que a continuación examinamos a propósito del trato que se le dispensa en el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social que aprueba el Real Decreto 1415/2004.

5.2. Su equívoco tratamiento recaudatorio y procesal.

Un cambio cualitativo se produce con el Reglamento de Recaudación de 2004 desde su primer artículo: al definir el concepto y objeto de la gestión recaudatoria en el ámbito de la Seguridad Social se designa como recurso en el apartado g) *el importe de los recargos sobre prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo declarados procedentes por resolución administrativa*⁴¹⁴. Y un matiz se advierte: hemos pasado del recargo *de* prestaciones a otro que atiende a recargo *sobre* prestaciones⁴¹⁵. Y corresponde preguntarse si tal modificación es inocente o esconde alguna intención no declarada. A continuación nos apresuramos a desvelar tal interrogante.

El recorrido por dicha norma nos conduce a considerar los siguientes extremos y presupuestos:

- La Tesorería General es la encargada de recaudar de los empresarios declarados responsables, y hasta el límite de su respectiva responsabilidad, el importe del valor actual del capital coste de la pensión causada al que deben añadirse los intereses de capitalización y los recargos por falta de

⁴¹⁴ El artículo 4 del anterior Reglamento aprobado por Real Decreto 1637/1995 silencia expresamente el recargo de prestaciones como objeto de cobranza por parte de la Tesorería refiriéndose de este modo al mismo: *Capitales coste de renta y otras cantidades que deban ingresar las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y las empresas declaradas responsables de prestaciones por resolución administrativa.*

⁴¹⁵ El artículo 96 del citado Reglamento, titula con el concepto tradicional de *recargo de prestaciones* para en su texto cambiarlo por la preposición *sobre* que definitivamente incorpora la reforma de 2004: *Recaudación de los recargos de prestaciones. 1. Las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social en las que se declare la procedencia de recargos sobre las prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales originados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, conforme a lo previsto en el artículo 123 LGSS serán comunicadas también a la Tesorería General de la Seguridad Social para la recaudación por ésta del importe de los mismos (.../...).*

aseguramiento en caso de darse tal hecho, conforme se deriva de su artículo 69 apartado 1.

- La recaudación de sanciones se regula dentro de la misma sección del capítulo III denominado *Recaudación de otros recursos*; en el artículo 74, las sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social; y en el siguiente, los recargos sobre prestaciones. Llama la atención esta disposición sistemática y conjunta de dos ámbitos que poseen dinámicas muy diferentes aunque el recargo siempre encuentre causa en una infracción al deber de seguridad del empresario.
- La mecánica en el caso del recargo sobre prestaciones se activa desde el momento en que la resolución de la entidad gestora, declarándolo, gana firmeza; y ello sin perjuicio de quedar a resultas de su confirmación, revisión o anulación en sede judicial, en cuyo caso cabría la oportuna devolución imputándose con cargo al presupuesto de la Tesorería General.
- Este organismo es el encargado de determinar el importe del capital coste en el supuesto de que los recargos recaigan sobre pensiones, que procederá a su recaudación junto a los intereses de capitalización.
- La ejecución de sentencias que condenen al pago de los recargos se ajustarán al texto procesal laboral.

La preposición *sobre* denota independencia de objetos espacial y físicamente distintos. También evoca la idea de vínculo entre los mismos, conforme se deriva de la expresión *encima de* que cita su primera acepción en el diccionario de la Real Academia Española. Su permuta con el término *de* es significativa, pues de la noción de pertenencia se ha pasado a un escenario de autonomía conceptual, reforzando la tesis de la naturaleza sancionadora que definitivamente confirma su regulación junto a las sanciones que en vía administrativa pudieran imponerse con carácter general.

Se niega el anticipo del recargo so pretexto de que es sanción y no prestación⁴¹⁶ al tiempo que se desvincula a las entidades gestoras de la Seguridad Social del mismo. Pero es claro que nuestro objeto de estudio se constituye en parte de la prestación y como complemento condicionado a la existencia de infracción previa. Su autonomía es insostenible en términos de Seguridad Social, si bien cabe el tratamiento separado de su causa y del agente responsable, pero tales consideraciones previas -que se ventilan en el oportuno expediente administrativo- no deben motivar su aislamiento al constituirse en mero presupuesto que lo conforma y justifica a modo de partida de nacimiento. Pero como entidad sustancial debe seguir el mismo camino que la prestación sobre la que se constituye y forma parte inseparable. De igual modo que la

⁴¹⁶ Sobre esta ya clásica dicotomía debe significarse que el recargo se integra en la acción protectora de la Seguridad Social en general por medio del artículo 38 LGSS, anterior texto refundido, que en su apartado c) refiere el amplio panel de prestaciones económicas sobre las que se aplica; y de forma concreta para su Régimen General en el artículo 114 que lo considera como alcance y expresión de lo que este precepto entiende como *condiciones determinadas en el presente título*.

obligación accesoria sigue los pasos de la principal, conforme dispone al artículo 1097 del Código Civil.

Queda, por consiguiente, buscar una salida razonable y coherente al *espigueo* interesado que el uso de este instrumento provoca. Así no se explica, por contradictorio, que la Administración por un lado se desentienda de abonar el recargo como anticipo y por otro se apresure para recaudarlo ingresándolo en su caja única sin proceder a su reintegro en caso de que por cualquier motivo el capital coste no se llegara a consumir⁴¹⁷.

Está fuera de toda duda que el recargo nutre los fondos de la Seguridad Social toda vez la obligación de capitalizar su importe⁴¹⁸. No se explica, pues, que su papel pueda quedar relegado a una mera administradora de fondos ajenos, devolviendo el sobrante o reclamando las mermas que pudieran producirse en el capital constituido. Esta visión mercantilista no se corresponde en absoluto ni al contenido ni a los fines de la acción protectora de la Seguridad Social en la que por letra y espíritu (aunque sea difusa y parcialmente, en ambos casos) se enmarca el aumento de prestaciones que venimos tratando.

Finalmente y en el ámbito de la jurisdicción social, su ley reguladora⁴¹⁹ contiene una regla que refleja bien a las claras la naturaleza prestacional del recargo. Conforme al número 3 del artículo 192 *cuando la reclamación verse sobre prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas, la cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora*; del transcrito texto legal cabe deducir que resulta aplicable a cuantas prestaciones de Seguridad Social puedan ser valorables económicamente. De ahí que, conforme dispone el apartado siguiente del mismo artículo, únicamente puedan computarse las diferencias reclamadas sobre el importe reconocido previamente en vía administrativa.

⁴¹⁷ El art. 75 del Reglamento de 2004, referido única y exclusivamente al recargo de prestaciones, no tienen un apartado similar a lo dispuesto en el previo artículo 71.2, que regula las prestaciones en sentido amplio, omitiendo la frase *salvo los casos en que por Sentencia firme se anule o reduzca la responsabilidad de la empresa, los capitales coste de pensiones cualquiera que sea el período de supervivencia de los beneficiarios, no serán objeto de reversión o rescate parcial, y no procederá la realización de reintegro alguno a la empresa por esta causa*. Sin duda alguna tal omisión da pie a que pueda plantearse la posibilidad cierta de que en caso de no «gastarse» la totalidad del capital coste, la empresa puede reclamar el remanente, solicitando su devolución a la TGSS.

⁴¹⁸ La STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2005 (AS 2005/1272) expresa que *el empleador, en virtud del recargo, asume en exclusiva una responsabilidad de Seguridad Social, y por ende una deuda, no con el trabajador, sino con la propia Seguridad Social, añadiendo que debe recalcar que la capitalización realizada para proveer periódicamente el recargo revierte en el INSS, cuando finaliza el deber de prestación*.

⁴¹⁹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En consecuencia, cabe igualmente preguntarse si para la ley procesal el recargo es materia de Seguridad Social y por ello acudimos a su contenido; dos veces cita la referida norma adjetiva nuestra figura: una, para autorizar su acumulación en el artículo 29 en clave disyuntiva:

Cuando en materia de prestaciones de Seguridad Social o sobre recargo de prestaciones, se impugne un mismo acto administrativo, o actos de reproducción, confirmación o ejecución de otro anterior, o actos entre los que exista conexión directa, se acordará la acumulación de los procesos aunque no coincidan todas las partes ni la posición procesal que ocupen.

Y una segunda, en el artículo 230, cuando para recurrir tanto en suplicación como para la formalización del recurso de casación se asegura la condena recaída en la instancia, obligando al declarado responsable bien la constitución de su depósito bien la del capital coste correspondiente en los términos que siguen:

El mismo ingreso deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad Social del capital coste o importe del recargo correspondiente.

Ninguna duda puede haber por su ordenación sistemática sobre la cualidad del recargo como materia de Seguridad Social con idéntico tratamiento procesal que el dispensado a las prestaciones, criterio éste que se confirma en la letra o) del artículo 2 de la ley jurisdiccional cuando extiende su ámbito a las cuestiones que se promuevan *en materia de prestaciones de Seguridad Social, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos.*

A tenor de estas consideraciones cabe concluir que el recargo de prestaciones no puede recaer exclusivamente en la quebradiza figura del empleador porque su proyección se orienta más allá de la relación contractual individual y su gestión se encuentra encomendada a la Administración Pública cuyo fin primario consiste en velar por el interés común, en el que tiene un papel preponderante el valor de la solidaridad que pasamos a examinar en el capítulo que sigue.

Capítulo V

LA DIMENSIÓN SOLIDARIA DE LA RESPONSABILIDAD

1.- Exordio.

- 1.1. Aproximación al concepto de solidaridad en el ámbito del Derecho
- 1.2. La vertiente jurídica de la solidaridad.

2.- Manifestaciones y rasgos caracterizadores de la solidaridad.

2.1. Su presencia en el Derecho Común.

- 2.1.1. En el Derecho de Obligaciones.
- 2.1.2. La referencia básica al artículo 1137 del Código Civil.
 - 2.1.2.1. *Su naturaleza de excepcionalidad.*
 - 2.1.2.2. *Carácter expansivo de la solidaridad.*

2.2. Proyecciones en el ámbito del Derecho Social.

- 2.2.1. En el contrato de trabajo y en el contenido de sus distintas prestaciones.
- 2.2.2. Su acogimiento por la jurisprudencia como instrumento de garantía.
 - 2.2.2.1. *La primigenia función extensiva de protección del crédito*
 - 2.2.2.2. *Su papel clarificador en la teoría del levantamiento del velo y en la determinación del concepto de empresario.*

3.- Dinámica y funciones de la obligación solidaria.

3.1. Empresa y empresario.

- 3.1.1. Determinación del verdadero empresario.
- 3.1.2. Esquema elemental de responsabilidad.

3.2. Función protectora.

3.2.1. Ante el fraude de ley.

3.2.2. Superación de la apariencia.

3.3. Imputación de responsabilidad: marco y límites.

3.3.1. El sustrato personal *in extenso* y contenido material.

3.3.2. El argumento del vínculo directo, su intensidad o grado de cohesión.

3.3.3. Criterios de exclusión y limitación.

4.- La protección social: solidaridad y seguridad.

4.1. Evolución del diseño legal.

4.2. Sistema público de prestaciones.

CAPÍTULO V

LA DIMENSIÓN SOLIDARIA DE LA RESPONSABILIDAD

1.- EXORDIO.

En el capítulo anterior hemos examinado los elementos que en el contexto del contrato de trabajo se dan para atribuir responsabilidad al empresario que, como venimos significando, ni puede entenderse solo como sujeto físico ni como culpable exclusivo del daño, toda vez la imputación cabe extenderla también a la persona jurídica y en concurso con otras. Hemos denunciado asimismo el equívoco sobre el adverbio *directamente*, referido a la responsabilidad en el pago, para determinar que no puede confundirse interesadamente con la *exclusividad* que de la misma se pretende deducir. Y hemos terminado cuestionando los términos absolutos de la imposibilidad de asegurarlo al tratarse de un innegable instrumento resarcitorio del sistema público de protección social.

Pero no basta una visión neutra de sus rasgos más significativos; es preciso traspasar el cristal y ver la realidad desde el otro ángulo sin incurrir en el despropósito de la ilusión. Es solo cuestión de perspectiva. Se trata por tanto de darle la vuelta al calcetín argumental para comprobar sencillamente que existe otra mirada oculta desde la que examinar la figura del recargo de prestaciones que, como viejo juguete, se resiste a dejar de funcionar y que más se *recarga* cuantas mayores son las inectivas que recibe. Y la fórmula que proponemos para agudizar la observancia es acudir a un concepto singular, de mayor abolengo y peso jurídicos que el recargo de prestaciones mismo; constantemente renovado y con el que armoniza en su propósito reparador: hablamos de la solidaridad.

1.1. Aproximación al concepto de solidaridad en el ámbito del Derecho.

A menudo hacemos empleo de los principios generales del derecho como expresión de criterios dogmáticos que empleamos a conveniencia para con ventaja cubrir vacíos normativos o enfatizar un argumento de interés. En el caso de la solidaridad advertimos una llamativa cualidad: por razón de concepto, su naturaleza se ve reforzada a través de su propia etimología. *Solidum* es fortaleza y cohesión, lo que proporciona al término un extraordinario sentido social en variedad de formas y manifestaciones. Tal circunstancia, común a todos los principios informantes del ordenamiento jurídico, la deja al margen de la jerarquía de fuentes propiamente dicha

porque –en palabras de Federico de Castro- deben tenerse en cuenta antes, durante y después de la ley y la costumbre⁴²⁰.

Conforme a este razonamiento, el principio de solidaridad encuentra expresión en multitud de instituciones jurídicas siendo su máxima utilidad práctica la de reforzar la garantía de la obligación (artículo 1137 Código Civil) como medio de robustecer y proteger el vínculo obligatorio. Y ello sin perjuicio del rango constitucional que alcanza al venir expresamente reconocida en los artículos 158 y 45.2 de la Constitución Española en su *función correctora de desequilibrios* y en el preponderante papel que juega en materia de recursos naturales y medio ambiente, reforzado todo con la dimensión colectiva que tiene atribuida y el calificativo de *indispensable* que la hace necesaria.

En nuestra disciplina su invocación es paradójicamente escasa. Pese a todo, y cada vez más, va dejando de ser un residuo marginal que inspira la norma para convertirse en un riguroso factor de garantía. Construido fundamentalmente por la jurisprudencia al calor de la teoría del *levantamiento del velo*, tiene por objeto descifrar los oscuros laberintos que se fabrican al calor de tupidos entramados de intereses, tomando como objetivo último la búsqueda del verdadero responsable. Somos conscientes de que el tema que venimos tratando se encuentra inmerso en un espacio muy denso del que forma parte, lleno de complejidades y abordable desde numerosos ángulos. Acometer su enfoque vinculado a un principio general implica transitar por espacios vaporosos del Derecho y *poco a poco* proyectar su fuerza al núcleo del tema que proponemos: su influjo en el concepto de la responsabilidad social cuando la infracción, en el marco del deber de protección, trasciende la persona del empresario y nos conduce a la búsqueda del verdadero centro de imputación de responsabilidad, evitando excesos y desviaciones.

Conforme a este hilo conductor, fijamos la mirada en constatar la distancia que existe entre el discurso normativo y la realidad social en que se proyecta el recargo de prestaciones. Para ello centramos la atención en el concepto de solidaridad, convencidos de que sus aplicaciones son presupuesto y umbral que nos conduce al núcleo del problema que abordamos. Somos conscientes de las dificultades teóricas y prácticas con que nos encontramos en un área temática convulsa; y justo por ello se nos antoja un verdadero reto, máxime si viene conectado a situaciones enrocadas en la fortaleza de unas líneas doctrinales muy firmes que ciñen la responsabilidad en el recargo solo al titular de la empresa excluyendo toda suerte de aseguramientos y de imputaciones alternativas. En este planteamiento el plano constitucional se muestra imprescindible como valor fundamental para transportar la solidaridad al mundo de la realidad material donde constituye sorprendente excepción. Y desde aquí redescubrir y abordar el intangible *sancta sanctorum* en que se ha venido

⁴²⁰ DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho civil de España*. Civitas, Madrid 1984.

constituyendo el principio de responsabilidad exclusiva del empresario cuando la contingencia profesional acontece por infracción de medidas de seguridad. Esa es tarea que a la sociedad entera compete, siendo por ello que la Administración no puede mirar a otro lado, como si de un tercero ajeno se tratara, dejando solo en el fango de la responsabilidad al empresario infractor y condenando a la víctima del accidente o enfermedad contraídos por el trabajo a perderse en un laberinto resarcitorio marcado por la insatisfacción y el largo peregrinaje desmotivador.

Es manifiesto que la solución que proponemos preexiste a toda recreación dogmática y solo cabe rescatarla desde el desuso, mostrando un nuevo efecto reactivo hasta el presente oculto o silenciado⁴²¹. Porque pocas palabras hay que en todo tiempo y lugar impliquen tanta adhesión como el término *solidaridad*⁴²². En general nos referimos a este vocablo para indicar multitud de manifestaciones diferentes. Pero tal expansión tiene un nexo común que integra y cohesiona sus distintos elementos⁴²³. El término *solidaridad* se hace *sustantivo* partiendo desde el plano de la cualidad. La cohesión y la fortaleza que inspira se proyectan a distintos ámbitos y desde esa capacidad de transformarse resultan sus múltiples significados. En un primer sentido, nuestro Diccionario de la Lengua Española la define como *adhesión circunstancial* a la causa o a la empresa de otros, destacando el aspecto de afecto o simpatía que desde el exterior se proyecta a causa ajena. Desde este punto de vista, es la actitud del sujeto lo que se destaca, dejándose como accesorio tanto la intensidad como su extensión temporal que acota a través del vocablo *circunstancial*; este matiz otorga carácter de excepcionalidad a su presencia, conectando tal cualidad con una de las características de las obligaciones solidarias que el artículo 1137 del Código Civil contiene y

⁴²¹ Sobre la vinculación de la norma jurídica al plano natural, el propio Ihering al tratar sobre el *difficil arte de elaborar el Derecho* y resaltar las tendencias ideológicas y vitalistas que dicha tarea suscitaba, destaca que frente a la ley que otorga fijeza a las relaciones humanas, los principios generales implican riesgo de inseguridad que deben ser objeto de cautela en su aplicación.

⁴²² Ulpiano ya identificaba al Derecho Natural como *quod natura omnia animalia docuit* (Digesto I.1.1.3). Quizá el intrínseco magnetismo del término anide en su propio origen etimológico: del latín “*solidus*”, suelo, y por extensión, fortaleza. Por ello, su elaboración conceptual y su propia génesis se conectan al propio impulso biológico que no solo vincula físicamente en términos de necesidad sino que al estar dotado de un componente *ciego* también obliga a su cumplimiento. Vinculados a esa consecuencia, no cabría opción: la solidaridad se impone desde su propio fundamento conceptual; y aunque su mera existencia no implica una expansión uniforme en todos los órdenes del quehacer humano al menos ya tenemos un basamento seguro y toda una perspectiva que recorrer.

⁴²³ Tal proyección nominal constituiría su primer rasgo. Pero al igual que ha sucedido con la persona jurídica, su empleo indiscriminado para nuevos cometidos ha llevado primero a su retoque y después a la deformación misma del concepto. En sentido jurídico amplio *solidaridad* puede ser toda conjunción de esfuerzos humanos que concurren a un mismo fin común [ya sea político-social, económico, religioso o jurídico propiamente dicho] y hace referencia al acuerdo de las personas reunidas expresamente para obtener tal finalidad. Representa pues, así concebida, una idea de unión, cohesión y concordia para alcanzar determinado fin lícito en cualquiera de los órdenes citados; circunstancia ésta que por un lado lleva consigo una obligación cierta, voluntaria y eficaz, y por otro, un derecho recíproco, requiriendo desde luego voluntad manifiesta y decidida, pero también sentimiento común y preciso en aplicarlo.

regula⁴²⁴. Es esta referencia a determinada clase de actitud o comportamiento la que pudiera impregnar el desarrollo de ciertas instituciones jurídicas como expresión de un concepto dinámico de solidaridad primitiva, moralista y decadente⁴²⁵.

Pero no es tanto el componente altruista como la *adherencia* lo que mejor define el concepto. En este último término encontramos su primitivo significado y el que más nos acerca al sentido jurídico, contenida en la segunda acepción que el Diccionario de la Lengua Española y que refiere como *modo de derechos u obligaciones in solidum*, locución que viene de nuevo a conectar con el originario sentido etimológico y que a su vez vuelve a conducir [cerrando el ciclo] a las ideas de fortaleza, cohesión y a la equivalente de *asentado o establecido con razones fundamentales y verdaderas*⁴²⁶. De este modo, se produce el preciso enlace desde la abstracción al orden positivo. Y con ello, lo que en principio aparecía como idea genérica se muestra cuerpo cierto a través del Derecho de Obligaciones⁴²⁷. Así entendida, la solidaridad resulta vínculo jurídico capaz no solo de producir efecto por razón de su práctica continua y consuetudinaria en el orden moral –como antes queda

⁴²⁴ La norma civil es categórica sobre la naturaleza excepcional de las obligaciones que califica de *solidarias*: *La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.*

⁴²⁵ Así, la Beneficencia, como antecedente del sistema de Seguridad Social moderno y buena muestra de lo que puede constituir el proceso degenerativo de los principios generales y su expansión desigual. Téngase en cuenta que, conectados al apartado que más adelante dedicaremos a la determinación del verdadero empresario, las notas esenciales de la persona jurídica (carácter asociativo y fin propio) terminan por diluirse al punto que en la sociedad de un solo socio la concentración de capital en una sola mano no obsta a la responsabilidad negativa de aquél. Desde esta perspectiva, *hacer el bien* implicaría admitir una situación de previa carencia que debe cubrirse mediante el establecimiento de una serie de instrumentos paliativos, como los llamados *fondos de solidaridad para el empleo*, financiados por trabajadores, empresas y Administración del Estado y orientados a la reinserción e integración socio-profesional de los obreros y empleados en situación de dificultad; de renovación anual según la coyuntura presupuestaria, premian a quienes desarrollan servicios extraordinarios ante situaciones de calamidad pública o los prestan en favor de personas necesitadas.

⁴²⁶ La exposición de motivos del RD 407/1988, de 22 de abril, ya distingue que *el principio de solidaridad, básico en la Constitución, pone de relieve la necesidad de delimitar la noción de beneficencia, en cuanto expresión general con pretensiones de englobar cualquier actividad, incluso la pública, de prestación a favor de personas en estado de necesidad*. A nivel europeo, los Fondos del Programa Marco para la Solidaridad y Gestión de Flujos Migratorios (i.e. Programa de Solidaridad) se diseñaron para apoyar al conjunto de países de la Unión Europea en la gestión integral de las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la UE y la implementación de políticas comunes de asilo e inmigración. El objetivo, alcanzar un reparto justo de responsabilidades e incrementar la solidaridad entre Estados Miembros, y al mismo tiempo reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de la UE.

⁴²⁷ Paradójicamente, justo lo contrario sucede, conforme venimos comentando, en las sociedades ficticias o de conveniencia, cuya validez se sostiene en la concepción formalista de la persona jurídica, lo que viene a plantear serias dificultades en su impugnación por simulación, al encontrar eficacia constitutiva en la legitimación que el Estado le otorga, pasando desde el plano de su realidad material a la pura abstracción desconectada de su función originaria.

expuesto- sino de proyectarse y desarrollar toda su potencia en el intrincado y complejo mundo de las obligaciones y contratos hasta hacerse valer ante los tribunales mediante los mecanismos de protección e imputación que luego trataremos⁴²⁸.

Pese a todo, la doctrina se ha venido preguntando si la solidaridad constituye principio general del Derecho, lo que obliga a trazar el discurso de su materialización hasta nuestros días⁴²⁹ para así intentar adentrarnos en su concepto y significado real⁴³⁰ y, en especial, observar cómo inspira -o deja de hacerlo- la norma social en su conjunto. Sin duda, su expresión más genuina viene determinada por el contrato de trabajo y singularmente por la función protectora que le asiste en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, donde el controvertido instituto del recargo se muestra afectado por su influjo, como después desarrollaremos⁴³¹.

En resumidas cuentas, el término solidaridad cabe contemplarlo desde diversos puntos de vista, siendo que todas sus perspectivas poseen un mismo rasgo común derivado de su propio ser etimológico⁴³², que a su vez deriva a un vasto y variado despliegue conceptual⁴³³.

⁴²⁸ El alcance tuitivo que se le atribuye encuentra claro fundamento en el principio de igualdad jurídica en evitación de situaciones ficticias y sin garantías de responsabilidad buscando más allá de los formalismos jurídicos el verdadero centro de imputación.

⁴²⁹ En ese propósito es importante considerar lo que Savigny nos aporta en su *Tratado de Derecho Romano*: la interpretación es arte que no se enseña con reglas.

⁴³⁰ Para algunos autores el principio de solidaridad representa la realización del más estricto principio de justicia. Así lo concibe Del Vecchio en *Crisis del Derecho y crisis del Estado*.

⁴³¹ Para el maestro Castán, el Derecho es sustancialmente *relación de vida*, destacando que en el estudio de la realidad deben considerarse los fines que persigue la ciencia jurídica en sus múltiples manifestaciones, tanto de conjunto como en su espíritu, y mediante sus funciones interpretativa, sistematizadora, integradora y correctora.

⁴³² Abundando en éste, *solos* en griego es masa de hierro que se lanzaba como un disco, y por extensión, *disco de piedra, masa*. A partir de aquí podemos admitir un embrión originario del vocablo encaminado a su posterior desarrollo y comprensión. El proceso seguido en nuestro Diccionario de la Lengua Española arranca del término latino que hace referencia a cuanto es firme, macizo, denso y fuerte; de la misma familia y procedencia es la palabra *suelo*, considerada como *base, soporte y apoyo*. Siendo uno el origen, la palabra solidaridad se abre en un matizado abanico que abarca distintos sectores del mundo de la ciencia y la cultura, en sus más variadas formas y expresiones. De esto podríamos deducir un principio general: la solidaridad es tanto más perfecta e intensa cuanto más altos están los seres vivos en la escala biológica, por cuanto mientras apenas existe en los seres inorgánicos, en el hombre su ausencia causa la muerte y su escasez compromete la vida.

⁴³³ Es curioso advertir la transformación de los significados a través del tiempo hasta llegar al punto de desconectarse completamente de su versión original. Así sucede con el viejo y maltratado concepto de *persona jurídica* que de ser expresión genérica de la natural, como titular de derechos y obligaciones, ha pasado, en un vertiginoso proceso de crisis, a convertirse en instrumento con que algunos negociantes (en el peor sentido del término) esquivan el pago a sus acreedores.

1.2. La vertiente jurídica de la solidaridad.

En el origen iusnaturalista del concepto⁴³⁴ encontramos un plano marcadamente social que nace al amparo de toda relación de interés y reviste tantas formas como posibilidades hay de cooperación y mutuo esfuerzo⁴³⁵. Así pues, desde el reconocimiento de poseer una común naturaleza podemos iniciar la construcción del aspecto jurídico de la solidaridad, que en el presente esquema pasa por reafirmar sus distintas funciones y utilidades en el ámbito del Derecho Social, destacando su función protectora en el marco de la relación de trabajo y, en particular, el estrecho vínculo que une el deber de protección del empresario con el que corresponde a Seguridad Social por medio de sus prestaciones y la consecuente responsabilidad que de la infracción de aquella obligación cabe derivar⁴³⁶.

Las manifestaciones del principio de solidaridad⁴³⁷ son frecuentes y variadas por cuanto ha venido inspirando –e inspira– buena parte de tendencias y asociaciones de toda clase, ya sean mutualidades, sociedades civiles, mercantiles o cooperativas, en un amplio marco de expresión que no se configura exclusivo del estrictamente

⁴³⁴ Conforme a este amplio criterio, constituye axioma admitir que hay entre los hombres una solidaridad tan estrecha como la que existe entre los órganos de un mismo cuerpo, lo que en el orden biológico explicaría la dependencia recíproca entre todas sus partes como expresión característica de la vida; la muerte, por contra, sería la simple disolución del misterioso lazo que las une en el interior del ser vivo. El significado de *fortaleza*, ínsito en el concepto que venimos tratando, también puede entenderse como *cohesión* entre las partes de un todo y extensivamente como *coherencia* entre las distintas fases de un proceso. Preservar el principio de solidaridad implicaría, v.gr., no cerrar los ojos ante una transmisión fraudulenta, aunque se cuente con la conformidad de las partes y el objeto sea cierto, si no existe causa o la misma debe reputarse como ilícita.

⁴³⁵ Desde la solemnidad de esta declaración, no nos resistimos a transcribir el lúcido pensamiento de Serick abundando en la misma idea: *Cuando la persona jurídica se emplea para defraudar a los acreedores, para sustraerse a la obligación, para soslayar la aplicación de una ley, o para proteger a los bribones y delincuentes, los jueces pueden prescindir de la traba de la persona jurídica, estimarán que la sociedad en un conjunto de hombres y harán justicia entre personas reales.*

⁴³⁶ Respondiendo a tal planteamiento se configura la teoría del *disregard* o del apartamiento de la persona jurídica que Rolf Serick elabora en su importante obra *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, que resumidamente se contiene en la siguiente cita: *Cuando la idea de persona jurídica se emplea para frustrar la pública convivencia, para justificar lo improcedente, sostener el fraude o apoyar el delito, el Derecho estimará que la persona jurídica solo es asociación de personas.*

⁴³⁷ Aunque es frecuente que en el fondo se suscite un irresoluble conflicto entre la justicia del caso concreto a que los mismos nos empujan y la seguridad jurídica general que la norma positiva comporta. Para Castán, en su *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho*, son los principios generales principios de justicia revelados por la razón y la conciencia que encierran una verdad jurídica universal quedando al margen de la jerarquía de fuentes *porque deben tenerse en cuenta antes, durante y después de la ley y la costumbre*, en palabras de Federico De Castro. Por otra parte, en la historia del pensamiento observamos que las posiciones basculan de un extremo a otro; desde quienes sostienen que la solidaridad social no sirve para proporcionar un sistema jurídico ni un sistema moral porque el interés personal conduce al egoísmo, hasta el extremo de considerar otros que a la organización social solo puede llegarse por el camino de las asociaciones profesionales, mutualistas o cooperativistas.

jurídico⁴³⁸. En la tarea de acomodar la solidaridad entre los principios inspiradores del Derecho, debemos considerar que el positivismo aparece en un siglo de claro predominio individualista, siendo que las primeras declaraciones de derechos son, por tanto, de matiz liberal⁴³⁹. No obstante, las ideas de conjunción y fortaleza toman sitio en nuestro Derecho positivo: *el todo está compuesto de varios cada uno*⁴⁴⁰. De la conjunción de disposiciones legales resulta el *bloque normativo* que debe al valor de la solidaridad la seguridad y la fortaleza que conforman buena parte del fundamento de la vida social. La legislación en materia de Seguridad Social resulta expresión viva de la función protectora con vocación de universalidad en que la solidaridad se constituye⁴⁴¹, no solo ante situaciones inespecíficas de necesidad sino como fundamental principio del propio sistema junto a los de universalidad, unidad e igualdad.

Mas no es ésta la única manifestación práctica del concepto positivo de solidaridad. Otras muchas apoyan la admisión de la misma como principio general del Derecho: las obligaciones con prestación indivisible adoptan en el Derecho Clásico el carácter de solidarias⁴⁴². Tan valiosa afirmación no ha impedido que la concepción positivista del Derecho haya venido consolidando hasta nuestros días la omnipotencia y el monopolio jurídico estatal, reprobando la norma *extra-legislativa* como insufrible vaguedad y ominosa afrenta al poder público para asumir solo los principios que puedan deducirse de la propia ley. Pese a todo, tal corriente resulta en la actualidad fuertemente cuestionada y se encuentra en gozosa crisis. Constituye, pues, piedra angular de nuestro ordenamiento que los principios generales del Derecho puedan

⁴³⁸ Así como puede conectarse la solidaridad con su función de *coherencia* para combatir el fraude de ley, de igual modo podemos decir de la simulación, que encuentra en el principio de *primacía de la realidad* su expresión más elaborada: las declaraciones de la jurisprudencia son terminantes en admitir que la naturaleza del contrato depende de las obligaciones que constituyen su objeto y no del nombre que le hayan dado las partes, siendo irrelevantes la voluntad de éstas, aun concordante y explícita de sustraer un contrato de trabajo de sus normas reguladoras.

⁴³⁹ Sobre esto es ilustrativo sostener que, aunque parezca una paradoja, los nuevos Estados que se configuran a partir del siglo XIX vienen a conceder un marcado predominio al papel estabilizador del Derecho denunciando así la crisis de esos valores hasta entonces vigentes, al tiempo que los principios políticos y sociales penetran en el Ordenamiento Jurídico produciendo la transformación del embrión individualista en que se inspiraba.

⁴⁴⁰ Esta noción integradora es consustancial en la lógica y comprensión de toda institución jurídica. En efecto, del mismo modo que los tejidos del ser vivo se componen de células, así el Ordenamiento Jurídico por medio del Derecho Objetivo se despliega en un haz de derechos subjetivos. Y así, la construcción de la teoría del *levantamiento del velo* descansa a modo de síntesis en que a modo de penalidad la persona jurídica pierde su rasgo esencial -incluso su propia existencia- si en algún momento llega al abandono de su función esencial.

⁴⁴¹ En efecto, el artículo 41 de la Constitución Española y el 2 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social son expresión viva y positiva del principio.

⁴⁴² Juan Iglesias en sus *Instituciones de Derecho Romano* añade que *la sustancia del derecho, permanente en su fondo, variable y complejo en sus aplicaciones, no ha de ser sacrificada en la construcción lógica*.

ser invocados por el Juez a falta de ley y costumbre, cumpliendo funciones de interpretación y fuente subsidiaria a tenor del artículo primero del Código Civil⁴⁴³.

El reconocimiento y aplicación por los Tribunales de nuestro concepto ha llevado aparejada en numerosas ocasiones –que tendremos oportunidad de comprobar- su formulación positiva, al margen de su función informadora del orden jurídico⁴⁴⁴. Por ello, señalar sus manifestaciones representa reconocer el principio mismo, oculto como *condición pre-jurídica del sistema de legalidad* en que se constituye y sin que por ello pueda confundirse con el término *fuentes*, al ser ésta mera manifestación del *principio* que a la misma preexiste.

En suma, con independencia del lento proceso de consolidación como principio –incluso ya reconocido constitucionalmente-, el término solidaridad va unido en nuestro Derecho positivo a la Teoría de las Obligaciones, en la que alcanza carácter excepcional (*cuando la obligación expresamente lo determine*, dispone el artículo 1137 del Código Civil). Pese a ello, encuentra amparo en multitud de instituciones jurídicas y su máxima utilidad consiste en reforzar la garantía de la obligación al desempeñar la misma función que los restantes medios de protección del vínculo obligatorio⁴⁴⁵. De esta forma, nos movemos en el marco de los llamados por la doctrina *supra-conceptos*⁴⁴⁶ por cuanto, expresado de manera gráfica, *no se trata de juegos dialécticos para conectarse con la savia milenaria de las instituciones jurídicas civiles*. Así sucede por ejemplo con el contrato, verdadero concepto de conceptos que a su vez engloba e inspira multitud de instituciones jurídicas con plena autonomía y virtualidad propias.

A resultas de esta consideración la solidaridad podría proyectarse de forma esquemática en tres planos: 1) el de los principios generales que ya hemos referido a modo introductorio y que aportan valor y fundamento en su encaje metodológico; 2) el de prestación social, en base a la necesidad de reparar singularmente las

⁴⁴³ El carácter informador que el Código Civil atribuye a los principios generales del Derecho invade todo el ordenamiento jurídico. Incluso existen supuestos en que la *equidad* constituye el elemento primordial en que asentar la aplicación de las normas, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 3 del citado texto legal.

⁴⁴⁴ Tal sucede con ocasión de detectar el fraude de ley en situaciones en que sea preciso romper la inseguridad jurídica por concurrencia de resoluciones contradictorias. En materia de responsabilidad solidaria, *levantar el velo* a las situaciones de apariencia implica desestimar el primer aspecto que pudieran dar para proporcionar justicia material al caso concreto y al margen de consideraciones formales.

⁴⁴⁵ A este propósito, es lugar común admitir que es necesario aportar limitaciones de orden moral y ético, como freno ante posibles extravíos y desviaciones en la utilización de las instituciones jurídicas mediante una adecuada ponderación de los factores concurrentes en cada caso y resolviendo la incertidumbre que con frecuencia origina el conflicto entre los principios de seguridad y justicia.

⁴⁴⁶ MARTÍN-RETORTILLO, S., *El Derecho Civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones* Madrid. Civitas 1996.

consecuencias de la contingencia profesional añadiendo un elemento de compensación en que el recargo consiste y, finalmente, 3) el de la imputación de responsabilidad como expresión de obligación solidaria. Por eso en nuestra metodología necesariamente partimos de los principios generales del Derecho, seguimos con su presencia e influjo en el marco de las obligaciones contractuales para finalmente desembocar en los ámbitos comunitario y social como receptores de esa responsabilidad (única y compartida al tiempo) con pluralidad de acreedores en que se constituye.

2.- MANIFESTACIONES Y RASGOS CARACTERIZADORES DE LA SOLIDARIDAD.

2.1. Su presencia en el Derecho Común.

El itinerario histórico arranca por fuerza en el Derecho Romano siendo las referencias a la solidaridad escasas⁴⁴⁷. Respecto de las relaciones obligatorias en que se materializa es principio básico que habiendo pluralidad de sujetos y prestación indivisible cualquiera de los deudores debe cumplir, aplicándose solo en las obligaciones de hacer y estando prohibida en las de dar. De ahí que deba entenderse que deuda sin responsabilidad equivale a obligación natural, toda vez vincula al que la contrae únicamente en el fuero del honor y de su propia conciencia. No es por tanto relación jurídica en sentido propio, siendo que la jurisprudencia ha reconocido la obligación moral como causa lícita para asumir una obligación civil⁴⁴⁸.

El proyecto del Código Civil de 1851 no regulaba con precisión la materia de fuentes del Derecho, incorporando el vigente de 1889 los principios generales con esa

⁴⁴⁷ Su primitiva elaboración nace a partir del régimen de copropiedad existente en las relaciones de familia, presididas por vínculos de solidaridad moral y en cuyo seno de inspiración ética se resuelven cuantos litigios se producen entre sus miembros. Del *consortium* de la primera época se pasa al *condominium*, que admite la división por cuotas entre los propietarios, y al uso común sin más límite que los derivados de su naturaleza. La regla de la no solidaridad tiene como antecedente el periodo clásico siendo consagrada posteriormente en la Novela 99 de Justiniano como aplicación del principio *favor debitoris*, cuyas expresiones más singulares se recogen en los artículos 1698 del Código Civil (*los socios no quedan obligados solidariamente por las deudas de la sociedad*) y el 1273 del mismo cuerpo legal (con referencia a la responsabilidad de los mandatarios, *aunque hayan sido instituidos simultáneamente*). LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de obligaciones*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi 2006.

⁴⁴⁸ En este sentido, véanse las STS 17-10-1932, 5-05-58 y 6-03-76. También es importante distinguir siguiendo a Díez Picazo, en *Sistema de Derecho Civil. Volumen II, 1. El contrato en general, la relación obligatoria*, entre responsabilidad sin deuda (en que el garante también se obliga) y deuda con responsabilidad limitada (que opera en caso de cobertura incompleta de deuda, no de disociación entre deuda y responsabilidad). En cambio, en materia sucesoria los descendientes vienen a suceder automática y solidariamente a los causantes, porque se entiende como un fenómeno natural que se desarrolla en el ámbito del grupo familiar.

función informante⁴⁴⁹ pero silenciando toda noción descriptiva de los mismos, que en última instancia deja reservada a los jueces y tribunales, a quienes atribuye el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido y mediante la jurisprudencia que complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Una referencia importante viene dada por el artículo 158 de la Constitución Española⁴⁵⁰ que al declarado propósito de *hacer efectivo* el principio de solidaridad asocia y destaca su *función correctora de desequilibrios*⁴⁵¹. El propio texto constitucional ensancha el componente *colectivo* de la solidaridad que expresamente cita en su artículo 45.2 cuanto trata del medio ambiente y de los recursos materiales en el contexto de los principios rectores de política social y económica, para no solo atreverse a calificarla de *indispensable* sino anudar su dinámica al término *racional* que respecto de su utilización predica⁴⁵².

2.1.1. En el Derecho de Obligaciones.

A falta, pues, de toda concreción conceptual y con la remisión en abstracto que a los principios generales hace nuestro Derecho positivo en orden a la determinación de la solidaridad, necesariamente debemos acudir a los artículos 1137 y siguientes del Código civil para ver limitada su regulación a las obligaciones que, junto a las mancomunadas, con tal carácter trata de manera excepcional, pues *la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una solo obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma, sino que...*

....solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

⁴⁴⁹ El apartado 4 del artículo 1 del Código Civil establece: *Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.*

⁴⁵⁰ La citada norma constitucional literalmente expresa: *Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el **principio de solidaridad**, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y Provincias, en su caso.*

⁴⁵¹ En desarrollo del precepto, véase la ley 7/1984, de 31 de Marzo, del Fondo de Compensación Interterritorial (BOE nº.80, de 3 de abril). Vid. la ley 50/1985, de 23 de Diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios interterritoriales (BOE nº 3, de 3 de enero de 1986).

⁴⁵² La redacción del apartado dos del artículo 45 de la Constitución Española enriquece el término solidaridad del siguiente modo: *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable **solidaridad colectiva**.*

Sobre la necesidad de pacto expreso para declarar la responsabilidad solidaria el Tribunal Supremo entiende que únicamente resulta exigible cuando hay una *conexión interna* o comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores o *unidad de fin de las prestaciones destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor*⁴⁵³. Alguna doctrina se ha alzado en contra de tan laxa interpretación ante la nitidez con que se manifiesta el texto legal y prefieren en todo caso someter tal declaración a las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, aun cuando cada vez sea mayor y creciente la opinión de adoptar como regla general la solidaridad pasiva como ya está recogido en otras legislaciones⁴⁵⁴.

El proceso de culminación normativa desemboca en el Derecho de Obligaciones, debiendo destacarse, como más adelante tratamos, que es justamente a través de su elaboración jurisprudencial cuando más amplio sentido y fuerza alcanza el concepto para, en palabras de Diego Espin⁴⁵⁵, *reforzar la garantía de la obligación al punto de evitar situaciones injustas y desempeñar de este modo la misma función que los restantes medios de protección*. Para otros autores, la solidaridad de deudores esconde un aspecto perverso en cuanto a su alcance en la protección abusiva que puede derivarse⁴⁵⁶. Así sucede con la llamada responsabilidad solidaria que nuestros jueces aplican a menudo para extender la responsabilidad a varias personas al mismo tiempo, pensando sobre todo -cuando no exclusivamente- en la víctima y en su protección más eficaz. Es indudable que el amparo sobre los sujetos protegidos se puede incrementar en exceso con el resultado ingrato de desactivar los mecanismos de prevención si la aplicación del principio de solidaridad se hace desde la arbitrariedad o el uso desmedido por lo que se impone la prudencia y determinadas restricciones.

A mayor abundamiento, la cláusula general de responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil no distingue ni identifica la cuota de responsabilidad cuando en la producción del daño existe concurrencia de personas: tal laguna legal se viene cubriendo con el recurso a la solidaridad, que en nuestro Derecho no se presume, como nos recuerda el 1137 del texto civil de 1889, en un marco donde el negocio

⁴⁵³ Esta línea viene integrada por las STS 2-03-2001, 14-06-1992, 7-04-1983, 13-02-1984, 11-10-1989, 19-12-1991, 26-01-1994, 17-10-1996 y 29-06-1998, entre otras muchas.

⁴⁵⁴ Así en los Códigos alemán e italiano (427 BGB y 1294 CC, respectivamente). En este punto véase GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*. Imprenta Aguirre, Madrid 1976-1980.

⁴⁵⁵ ESPIN CANOVAS, D., *Manual del Derecho Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado 1970.

⁴⁵⁶ GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho de Daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas 2007. Este trabajo es bien expresivo del aspecto que comentamos; su razonamiento preliminar se asienta en la premisa de poner el acento en los efectos y nos olvidamos de las causas que provocan los fenómenos; a veces porque damos por sobreentendido el concepto clave en que se fundamentan y otras porque deliberadamente preferimos no enfrentarnos a la magnitud del mismo.

jurídico se impone y que nuestros tribunales, en ausencia de otras reglas, aplican con mayor o menor acierto al supuesto concreto. Es, pues, el tránsito desde la obligación a la responsabilidad lo que marca el periplo de la solidaridad desde la regulación expresa a la analógica, desde el pacto de deudores a la imposición del gravamen cuando el daño acontece y no puede individualizarse respecto de cada uno de sus productores. Como todos responden del todo, la insolvencia de uno de ellos es suplida por el resto: la víctima es protegida así, pero entre los responsables pueden estimularse comportamientos de desidia y carencia de incentivos, convirtiendo la solidaridad en un *arma de doble filo*⁴⁵⁷, pues terminan pagando los más solventes y cumplidores al tiempo que se permite la escapatoria del negligente. En este punto conviene preguntarnos si se abusa de la responsabilidad solidaria. No olvidemos que en el origen está la dificultad en individualizar el daño entre los miembros de un colectivo responsable y desde este planteamiento teórico cabría entenderse el uso antijurídico de la misma⁴⁵⁸. Corresponde, pues, analizar tal aserto y determinar si hay fundamento para mantenerlo desde una doble óptica: primero, la que mira por la protección de la víctima y, después, desde la que contempla el colectivo responsable.

Desde el ángulo de visión de la víctima los vocablos *solidaridad* y *protección* son términos que concilian bien. El artículo 1144 del Código Civil permite dirigirse contra todos los integrantes del litisconsorcio o contra alguno o algunos de ellos, por lo que se constituye así en una opción decisiva para frenar la impunidad de los eventuales responsables cuando resulta imposible determinar las contribuciones individuales de cada uno de ellos a la producción del daño. No es relevante la cuota de cada uno, sino basta la mera participación para derivar responsabilidad conjunta⁴⁵⁹.

También la responsabilidad solidaria es el eficaz remedio que se emplea frente al incumplimiento de los deberes de diligencia o control, en supuestos de dependencia o simple relación de coordinación o supervisión entre el autor material del daño y el entorno personal, en el ámbito de las relaciones que contiene y/o sugiere el artículo 1903 de la norma civil básica, *lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1144 del*

⁴⁵⁷ GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y prevención*. Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona julio de 2006.

⁴⁵⁸ El mismo autor concluye su premisa con estas palabras: *En el vigente Derecho Español de Daños la responsabilidad solidaria ya no es solo la solución material a una laguna del Código sino que se ha convertido en una mera herramienta instrumental que la jurisprudencia y el legislador sectorial emplean para ampliar el círculo de responsables*.

⁴⁵⁹ Son bien conocidos los casos de esta clase de responsabilidad conjunta en nuestra legislación especial; así el artículo 123 de la Ley de Navegación Aérea es bien expresivo de esta regla: *en caso de colisión de aeronaves, los empresarios serán solidariamente responsables de los daños causados a terceros*. Otros ejemplos de responsabilidad solidaria en la normativa son el artículo 35,5 de la ley 1/1970, de Caza; el 17,3 de la ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación; el 27.2 de la ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y el 7 de la ley 22/94, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

*Código sustantivo y de la propia doctrina jurisprudencial desautoriza la apreciación de la figura del litisconsorcio pasivo necesario*⁴⁶⁰. De ahí que la culpa in vigilando venga determinando condenas en todos los órdenes jurisdiccionales en contra de los empresarios por daños causados por empleados a su servicio o sencillamente por los miembros de la organización sujetos al ámbito de su círculo de influencia, entendido en amplios términos, no solo con vínculo de dependencia jerárquica, si bien hay sectores especialmente vulnerables o imantados en esta dirección responsable cuando rige en el sector normativa específica y expresa determinante de responsabilidad solidaria⁴⁶¹. O cuando se dan escenarios de riesgo como el sanitario o el estrictamente laboral, antes comentado, en especial el marcado por la sucesión de empresas⁴⁶², las de trabajo temporal y las subcontratas, resaltando de forma destacada el ámbito de nuestro estudio en el contexto del accidente de trabajo y las contingencias profesionales. Por otra parte, un plano de notable interés es el determinado por la actuación conjunta de los responsables, que no implica -a diferencia de los anteriores- ni imposibilidad de individualizar la cuota de responsabilidad ni relación de dependencia alguna⁴⁶³.

Por lo que a nuestra disciplina se refiere, una de las manifestaciones más genuinas de este apartado viene constituida por la responsabilidad de administradores de sociedades⁴⁶⁴ en el cumplimiento de sus deberes, no ya de los derivados del plano

⁴⁶⁰ STS 1ª, de 2 de febrero de 2004 (RJ 2004/446).

⁴⁶¹ Así, el artículo 65.2 de la ley 14/66, de Prensa e Imprenta.

⁴⁶² La STS 30-11-2005 (recud 3630/2004), con ponencia de Pablo Manuel Cachón Villar, estudia un supuesto de cesión ilegal. Toma como sentencia de contraste la pronunciada por el TSJ Madrid, de 5-12-1995, también sobre los locutorios de Telefónica, y considera la responsabilidad de cedente y cesionaria en materia de cantidad, determinando los efectos *ex tunc* o *ex nunc* a propósito del carácter constitutivo de la decisión judicial que acuerda la incorporación a la platilla de la empresa real. En el fundamento sexto hace una valiosa retrospectiva de la evolución de la jurisprudencia sobre la materia concluyendo que la cesión del artículo 43 encierra aspectos diversos y las dos modalidades básicas (apariencia en fraude ó cesión temporal entre empresas reales) cuyo referente es la asignación de efectos legales recuperando la relación real sin ninguna limitación temporal con cita de la STS de 21-3-1997. Es decir, la opción solo está pensada para el supuesto de que existan empresas reales, *pues mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador fijo en empresa que no existe*. Destaca asimismo la función protectora que posee el artículo 43 ET empeñado en corregir desviaciones y fraudes y en que la relación laboral real coincida con la formal. Y un aspecto interesante: *el silencio de la norma no supone necesariamente la exclusión de efectos de lo silenciado si tales efectos pueden tener amparo en la propia naturaleza de las relaciones jurídicas existentes...el hecho de que el 43.3 nada diga sobre los efectos económicos no comporta su negativa o exclusión* [Esto mismo podría decirse de la responsabilidad de socio en su consideración como empresario real y de forma amplia en la derivada por hecho ajeno].

⁴⁶³ La *causación* conjunta designa, por el contrario, una situación previa de colaboración profesional o puesta en común de recursos para el desarrollo de una actividad común, como sucede en el supuesto contemplado por la citada ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, que sienta en su artículo 17,5 y 7 la responsabilidad solidaria de los autores conjuntos del proyecto de obra; y en otros supuestos de daños por medicamentos o de carácter nuclear.

⁴⁶⁴ Para ilustrar los antecedentes legislativos, véase para las sociedades de capital (LSA de 1989 y ley 2/1995), cooperativas (LGC, ley 27/1999) y fundaciones (ley 50/2002).

estrictamente civil o mercantil, sino -y muy acusadamente- de los nacidos al amparo de la relación de trabajo. El derogado texto refundido del Real Decreto Legislativo 1564/1989, que regulaba la Ley de Sociedades Anónimas, contenía en los apartados 1 y 3 del artículo 133 y segundo del 265 un completo régimen de responsabilidad para administradores, consejeros e interventores causantes de daños *por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*. Actualmente rige el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y que unifica los deberes de los administradores de toda suerte de sociedades⁴⁶⁵.

Desde la óptica de los responsables se viene criticando la desmesura y el desatino con que se les inculpa. Son los efectos negativos de la solidaridad, que inevitablemente conduce a planteamientos larvados de abuso de derecho. En este caso ya no hay dificultad en identificar e individualizar la responsabilidad entre varios. No olvidemos que el 1144 del Código Civil permite al acreedor dirigirse contra alguno o contra todos los deudores simultáneamente, sin perjuicio del resarcimiento interno que entre los mismos pueden hacerse conforme al 1145 del mismo texto legal. Pero ¿en qué cuantía? Si hubiese cuota de responsabilidad regiría un elemental criterio de proporcionalidad y podría exigirse de los codeudores *la parte que a cada uno corresponda*. Sin embargo y en defecto de norma expresa se acude al reparto por partes iguales en caso de insolvencia de alguno de ellos. La falta de pago, que eso es literalmente insolvencia, debiera ser un mero accidente en el discurrir responsable de las empresas; sin embargo las relaciones sociales, en especial las mercantiles y en su proyección al ámbito de las laborales, no siempre se hacen acompañar del benéfico aroma de la buena fe y con frecuencia aparecen agentes que arriesgan más de lo debido y abiertamente infringen la normativa de seguridad. Saben por anticipado que tarde o temprano serán declarados responsables o en situación de insolvencia; o peor todavía, cabe entender que actúan con temeridad, a conciencia de obtener beneficio propio a costa de los demás y a cualquier precio.

Por ello una solución se atisba: asegurar la actividad⁴⁶⁶. Sabemos que la solidaridad pueda llegar a poseer efectos perniciosos. Pero estamos convencidos que tal efecto se

⁴⁶⁵ De este modo se amplían los deberes de los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada y se unifican las acciones de responsabilidad, siendo acumulativas las de naturaleza social con las de carácter individual que se regulan, respectivamente, en los artículos 238 y 241 del nuevo texto.

⁴⁶⁶ De igual modo que la conducción de un vehículo sin seguro de responsabilidad civil determina sanción administrativa (artículo 3 del Texto Refundido sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por RDL 8/2004), puede imponerse el aseguramiento de actividad que comporte riesgo en términos bien generales o atendiendo espacios sensibles de la actividad.

produce solo en el ámbito de los codeudores y respecto de las cuotas de cada uno en relación con el resto: la víctima siempre reclamará del solvente y merced a la solidaridad verá satisfecho su crédito; al menos en el diseño mejor intencionado. Sobre la corresponsabilidad de los agentes en la producción del accidente y, en consecuencia, en la asunción del recargo de prestaciones, nos remitimos a cuanto en los siguientes capítulos desarrollaremos respecto de la íntegra reparación y de los obligados a afrontarla.

2.1.2 La referencia básica al artículo 1137 del Código Civil.

Un aspecto que llama la atención de forma inmediata en una primera lectura del artículo 1137 del Código Civil es la simetría de su redacción: la concurrencia de acreedores y deudores, la igualdad de su número (dos o más) y el antagonismo de las funciones que a cada uno de aquellos grupos asigna: pedir y prestar. Y un solo adjetivo (expresado adverbialmente) como eje central del precepto: *íntegramente* ¡Ésta es la palabra que nos conduce al término solidaridad! Lo íntegro y lo entero frente a la división en partes y a lo *distinto* de que se habla en el siguiente artículo, el 1138, para referirse a las obligaciones mancomunadas.

2.1.2.1 Su naturaleza de excepcionalidad.

Ahora bien, existe un aspecto (en el segundo párrafo del precepto) de máximo interés: la solidaridad debe declararse. Solo habrá *cuando la obligación expresamente lo determine*. Ya tenemos una primera visión epidérmica de la geografía de la norma; es preciso ahora adentrarnos en su contenido –hasta en sus sombras- de la mano de la doctrina más autorizada.

Para Manresa lo determinante y previo es advertir que lo característico de esta clase de obligaciones consiste en la *pluralidad de sujetos activos y pasivos*. Así pues, estamos hablando de sujetos, de personas y al mismo tiempo de varios (dos o más) en cada parte de la relación obligacional (activos y pasivos, acreedores y deudores). La obligación constituye el género (la pluralidad) y las especies quedan determinadas por las personas que la integran según sea aquélla activa o pasiva: la unión entre sujetos llega a ser tan estrecha que cada uno puede pedir –o cumplir- por entero la relación obligatoria. Sin duda alguna, las relaciones personales de las partes en las obligaciones van tejiendo la tela que nos marca el camino de la solidaridad. La pluralidad de relaciones obligatorias independientes entre sí, aunque dirigidas al mismo interés en la prestación, determina lo que se ha venido en llamar *solidaridad impropia*, toda vez hay pluralidad de sujetos y un mismo objeto, pero no identidad de

causa obligatoria en una única relación, conforme enseñan la jurisprudencia y doctrina legal de nuestros tribunales⁴⁶⁷.

Sobre su carácter presunto o no, es claro que en el fundamento de su necesidad expresa anida la idea de que *responsabilidad tan excesiva y anormal no puede imponerse sino a aquellos que a las mismas* (en referencia a las obligaciones solidarias) *se han sometido; no cabe, por tanto, que se establezcan por meras y vagas conjeturas ni menos que se presumen en caso de silencio*⁴⁶⁸. Por eso el principio de no presunción de solidaridad no es aplicado cuando se trata de obligaciones consistentes en la reparación de perjuicios causados por culpa extracontractual debidos a más de una persona como medida justa de garantía del resarcimiento (STS 10-11-1981, RJ 1981/4471)) ni en las obligaciones que no nacen del contrato (STS 22-12-2003, RJ 1203/2003) ni en las que restituyen el cobro de lo indebido o vienen a resarcir el enriquecimiento injusto⁴⁶⁹. Es importante ilustrar con la jurisprudencia inmediata a la publicación del Código Civil la tendencia a cimentar su carácter excepcional, aunque con muchos matices⁴⁷⁰. De igual modo, sobre su carácter expreso, la resolución de la Dirección General de los Registros de 5 de febrero de 1915 establece que basta que resulte del texto de la obligación para imponerse. Y sobre la solidaridad activa, la de 18 de enero de 1945 observa en ella *la existencia de una representación o mandato recíproco entre los acreedores al conferir poder a tercero para gestionar el cobro y suficiente para ello la escritura en que tal representación fue conferida*.

⁴⁶⁷ La STSJ Extremadura (recurso 14/2004) estudia un supuesto de obligaciones solidarias determinando el alcance de la prescripción y distinguiendo entre la solidaridad propia y la impropia: la primera tiene su origen en el pacto y se rige por el 1137 y siguientes del Código Civil (aplicación normativa directa), siendo que la impropia es de creación jurisprudencial (aplicación normativa analógica o extensiva), *busca atender la salvaguarda del interés social y se aplica tanto en los supuestos de responsabilidad extracontractual* (ilícitos civiles, tanto típicos como atípicos, o penales) como contractual (en supuestos de intervención subjetiva compleja). También entre una clase de obligaciones –como la que estudia la sentencia– que provienen de la ley y la *obligación in solidum* que *procede del pacto, bien del acto ilícito, bien de la naturaleza de las cosas*. En base a estas consideraciones concluye sosteniendo que cuando el Estado no queda obligado a pagar la integridad de la obligación no cabe hablar de obligación solidaria, pues si algo caracteriza a la solidaridad pasiva o de deudores es que cada uno viene obligado al abono íntegro, lo que no acontece en este caso en que solo existe una obligación legal de subrogación.

⁴⁶⁸ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*. Editorial Reus, Madrid 1973.

⁴⁶⁹ Sobre este particular y como antecedente histórico debe reseñarse que la ley 10, título 1º, libro X de la Novísima Recopilación ya recogía la regla de la *no presunción* indicando que la misma se aplicaba *salvo si en el contrato se dispone que cada uno sea obligado in solidum*, siendo que por contra la ley 4, título 18, libro III del Fuero Real se mostraba favorable con carácter presuntivo a la regla de la solidaridad.

⁴⁷⁰ La STS de 14-11-1934 matiza el término en el caso de los estatutos de una organización sindical incorporando *grandes reservas de concepto general y de eficacia concreta puesto que en rigor se trata de una cláusula normativa cuyos efectos han de discriminarse en cada caso particular, según las circunstancias del mismo y no de modo general y absoluto, lo que sería incompatible con lo establecido en el artículo 1137 que requiere lo determine expresamente la obligación*.

Definido ya el carácter excepcional de la solidaridad, el artículo 1140 del Código Civil viene a mostrarnos las distintas caras de la misma al expresar que existirá aunque acreedores y deudores no estén ligados del mismo modo y por unos mismos plazos y condiciones, aspectos todos ellos importantes que destacan el valor y preeminencia de tal cualidad. Otro aspecto de interés viene determinado por la facultad que contiene el artículo 1141 del mismo texto legal: en cuanto a la solidaridad activa no cabe perjudicar a los otros, solo beneficiarles. Y respecto a la solidaridad pasiva, las acciones de perjuicio gravarán a todos sin distinción (lo que es expresivo de su fuerza) con el resultado expansivo de su vigor por causa de utilidad favoreciendo al acreedor; esto es, se protege el crédito de tal modo que en su conquista solo lo útil se extiende a todos. Puede contemplarse también como mecanismo de autodefensa conforme al aforismo *favorabilia amplianda, odiosa restringenda sunt*, por lo que en aplicación de este precepto no cabe invocar el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído en juicio, conforme sienta la doctrina consolidada del Tribunal Supremo⁴⁷¹.

La posibilidad de dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente (1144 del Código Civil) constituye la esencia misma de la solidaridad y es consecuencia de su naturaleza⁴⁷². En la solidaridad pasiva también hay notas de cierto mandato mutuo (como en la activa), aunque el factor que predomina sea el de garantía, reforzando la responsabilidad del deudor solidario con igual función que la desempeñada por los distintos medios de protección como la hipoteca, la prenda o la cláusula penal, entre otros⁴⁷³.

⁴⁷¹ La solidaridad pasiva sirve para hacer más segura la posición del acreedor: quedará más reforzada cuando haya más deudores, a cada uno de los que se pueda exigir el cumplimiento total. A esta consecuencia lógica llega el profesor Albaladejo, en su *Derecho Civil. Vol. II. Obligaciones, que remite a la STS de 14-10-1969 para conocer las razones por las que la ley decreta la solidaridad. De ahí que no hace declaración expresa de solidaridad y solo basta con que se deduzca que así lo quiso el legislador* (p. 93). Y para ilustrar tal efecto pone varios ejemplos: el derecho de alimentos del artículo 145 del Código Civil, el de los varios contratantes obligados a responder por incumplimiento de un contrato cuando son varias las personas que constituían la parte contratante incumplidora (STS 5-1-1947, 12-12-1996, 3-9-1997 y 4-6-1998) y el de los administradores conjuntos que también documenta con cita de jurisprudencia (STS 20-4-1977).

⁴⁷² La doctrina se ha venido cuestionado si se trata de una sola obligación o de tantas como sujetos hay en la relación, esto es, si estamos en presencia de un solo objeto o de tantos como plurales son las personas intervinientes. La primera hipótesis se sustenta en la categoría romana de la *correalidad* consistente en los efectos consuntivos de la *litis contestatio*; y la segunda en el artículo 1140 del Código Civil pues la pluralidad de acreedores y deudores no es preciso que se fundamente en un mismo modo, plazo o condición.

⁴⁷³ A este respecto, el Tribunal Supremo en sentencias de 5-5-2010 (RJ 2010/5025) y 19-6-2008 (RJ 2008/4258), declara que no se conculca el 1144 CC cuando se excluye de la demanda a quienes *ejercitando las acciones oportunas pueden repetir contra los excluidos*.

2.1.2.2. *Carácter expansivo de la solidaridad.*

A pesar de su carácter excepcional y falta de determinación expresa, en determinadas circunstancias nacidas en el ámbito de la relación natural, el carácter expansivo de la solidaridad se impone de forma inexcusable. Así, en Luis Díez- Picazo⁴⁷⁴ aparece como el *vinculum iuris* que conecta los dos polos de la relación obligatoria, entendido aquél como cauce o instrumento para que las personas puedan realizar actividades de cooperación social y más concretamente para que puedan intercambiar bienes y servicios. En Derecho Civil, obligación solidaria para Sánchez Román⁴⁷⁵ es la conjunción o acuerdo de varios para obtener derecho en una obligación *cada uno por todos*, lo que hace patente su función de garantía: cada uno de los acreedores tiene derecho a reclamar el todo de la prestación sin perjuicio de sus relaciones particulares, anteriores, simultáneas o posteriores a la constitución de la solidaridad, con los demás acreedores. También, en materia de patria potestad se entiende que ésta es solidaria entre los padres, aunque el artículo 1903, párrafo segundo, del Código Civil lo silencia porque se hace necesario potenciar en favor de la víctima cuanto alcance tuitivo pueda serle extraído a la norma respecto de la responsabilidad civil que la cada uno corresponda por los actos de sus hijos. La traslación de responsabilidad civil es exigible por los actos y omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder⁴⁷⁶.

De igual modo sucede con carácter expreso en la legislación mercantil cuando se protege a los *terceros* mediante la solidaridad de la sociedad y sus administradores por causa de la conducta omisiva de éstos en el cumplimiento de sus deberes sometiéndoles al deber de indemnizar los daños ocasionados en el ejercicio de sus funciones⁴⁷⁷, lo que viene a confirmar el criterio que en el orden jurídico contienen los artículos 1902 y 1903 del Código Civil en supuestos de daño patrimonial al establecer obligaciones *in solidum* aunque no se exprese formal y literalmente. Se refuerza así la aplicación de la solidaridad como principio general del derecho que

⁴⁷⁴ De ahí que su naturaleza orgánica resulte indudable en términos de *proceso social* que viene a concretarse en la total relación jurídica y que comprende, como fenómenos separados, la deuda y la responsabilidad; esto es, el deber de realizar la prestación y la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor, integrando a un tiempo los conceptos del *debitum* y la *obligatio*. DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil. Volumen II, 1. El contrato en general, la relación obligatoria*. Editorial Tecnos, Madrid 2012.

⁴⁷⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Programa de Derecho Civil español, común y foral*. Rivadefra, Madrid 1906.

⁴⁷⁶ En materia de filiación el citado artículo no deja lugar a dudas: *Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía*.

⁴⁷⁷ Véanse los artículos 236 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio que aprueba la Ley de Sociedades de Capital.

informa el ordenamiento jurídico y cumple con rigor la función hermenéutica de la norma, intensificando y extendiendo su protección⁴⁷⁸.

Finalmente, el artículo 1147 del Código Civil establece la interesante figura de la *comunicación de la culpa*: la deuda solo se extingue si no hay culpa de los deudores solidarios; mediando culpa de alguno de ellos todos serán responsables para con el acreedor del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente. En suma, la desaparición de alguno de los acreedores acrece a los demás su parte de deuda conforme al criterio consolidado del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de marzo de 1965 (RJ 1965/1438). Congruente con este principio, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil vino a excluir, en sus artículos 222 y 542, la solidaridad de la presunción de cosa juzgada material y en la ejecución forzosa no extiende la previa condena a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso; pero sin duda aporta nueva perspectiva y abre el horizonte de la responsabilidad en el ámbito de las contingencias profesionales y sus consecuencias, de las que el recargo de prestaciones de Seguridad Social constituye su más longeva y enigmática expresión.

⁴⁷⁸ Sobre la responsabilidad de los administradores, Antonio Alvarez-Ossorio Gálvez y Emilio Moreno Bravo, comentando la derogada Ley de Sociedades Anónimas de 1989 en su obra *Responsabilidad de administradores: Aspectos procesales* (Editorial Dykinson, 1999), sostienen: *Por tanto, se puede decir, que la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de las obligaciones que como administrador se tienen asignadas, en virtud del cargo que ostenta el propio administrador dentro de la sociedad, traspasan en sí mismas las responsabilidades que quedan sujetas al propio órgano rector de la sociedad como tal, afectando a las personas físicas que son poseedores de la condición de órgano, siendo por tanto titulares de la doble responsabilidad a la que estamos haciendo referencia.*

2.2. Proyecciones en el ámbito del Derecho Social.

En lo tocante a nuestra disciplina se abre todo un importante desafío porque a la dificultad de lograr un concepto preciso y universal de solidaridad se añade otra fundada en el complejo entramado de las obligaciones nacidas del contrato de trabajo y, en particular, del singular campo de la prevención y el riesgo profesionales. Es esta vertiente un factor sensible con desequilibrios asociados al propio dinamismo del vínculo laboral.

2.2.1. En el contrato de trabajo y en el contenido de sus distintas prestaciones.

Una vez más nos encontramos ante la regulación marginal y sesgada con que nos obsequia nuestra legislación especializada. Si las referencias históricas se muestran ocasionales, si la única regulación sistemática se hace en el marco del Derecho de Obligaciones, si las escasas citas del texto constitucional al término, aunque decididas, resultan puramente dogmáticas, nuestro primer texto básico en el ámbito laboral, el Estatuto de los Trabajadores, omite toda expresión literal aproximativa. Solo puede entreverse con carácter indiciario en el apartado 2 de su artículo 10 cuando, al regular el *contrato de grupo*, el poder directivo del empresario se limita al que asigna al *jefe del grupo* que ostentará la representación de los que lo integren, pero manteniendo el derecho de repetición contra los distintos componentes del mismo, en remisión tácita a las normas del Código Civil en materia de obligaciones solidarias⁴⁷⁹, donde la *acción de regreso* en la relación interna de la solidaridad entre las distintas personas que la integran viene a nivelar los efectos de la relación externa frente a los terceros. Tal efecto se produce como consecuencia de un hecho insoslayable: en la solidaridad de deudores cada uno de ellos es deudor por entero frente a los demás (relación externa) dividiéndose la deuda entre los deudores solidarios en la proporción que se hubiere establecido al constituirse la relación obligatoria (relación interna).

También el Tribunal Supremo⁴⁸⁰ la conecta con la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española para impedir que los derechos se hagan *inalcanzables e ilusorios*. Por ello un primer ingrediente del concepto de solidaridad, entendido como elemento de solidez, se encuentra en la consideración del trabajo como organización social por cuanto, en palabras de Martín Valverde, *el trabajo no ha sido*

⁴⁷⁹ Literalmente el referido precepto expresa: *Si el empresario hubiese celebrado un contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad, no tendrá frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen. El jefe del grupo ostentará la representación de los que lo integren, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación.* Para Alonso Olea (*Derecho del Trabajo*. 4ª edición, 1976. pág. 41) los contratos de grupo son una modalidad de contrato de trabajo caracterizada porque la obligación de ceder los frutos de su trabajo, la obligación de trabajar, la asumen colectivamente y en virtud de un solo vínculo jurídico, a través de un único contrato de trabajo, varios trabajadores.

⁴⁸⁰ Muy ilustrativa la sentencia del Alto Tribunal de 19-05-93 (RJ 1993/3803).

*casi nunca, ni menos es hoy, una relación solitaria del individuo con la naturaleza*⁴⁸¹. A este carácter social, de interrelación, se une la necesidad que el hombre tiene de satisfacer algunas de sus necesidades interviniendo de forma consciente y planeada en la naturaleza mediante la singular herramienta en que el trabajo se constituye. De igual modo, y como contrapeso y extensión de ese limitado criterio en el aspecto subjetivo de la relación laboral, el poder directivo aumenta en supuestos en que el trabajador *asociare* a su trabajo un auxiliar o ayudante, pues en este caso el empresario de aquél lo será también de éste⁴⁸². Son, pues, los contratos de grupo modalidad caracterizada porque la obligación de trabajar es asumida colectivamente y en virtud de un único vínculo jurídico a través de un solo contrato de trabajo por varios trabajadores.

Otra modalidad contractual expresiva de solidaridad es el contrato a tiempo parcial, pero entendida como *reparto de lo escaso*. Aquí la actitud de *compartir* implica la cesión (o mejor dicho, el recorte) de parte de la jornada de trabajo, limitando ésta al tiempo que las partes convengan⁴⁸³; pero todavía se ve con desconfianza por los empresarios que lo entienden más próximo a situaciones de marginalidad, excepcionales y precarias, que a la normalidad que representa la jornada completa. De otra parte, también es rechazado por buena parte de los trabajadores al considerarlo *insuficiente* no tanto por la jornada, sino por el salario proporcional que a la misma comporta.

Sin embargo, la ley común hace plasmaciones del principio de solidaridad autorizando al Gobierno la adopción de medidas de política de empleo dedicadas tanto a la creación de empleo, la formación profesional y, por supuesto, a la distribución del trabajo, mediante la disminución de jornada, el aumento del período mínimo de vacaciones, las restricciones a las horas extras, la reducción de la edad de jubilación y el apoyo a programas de jubilaciones anticipadas parciales⁴⁸⁴. De ahí que resulte aspecto de interés lo constituye la tensión entre duración de contrato y tiempo

⁴⁸¹ Martín Valverde, A., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed. Editorial Tecnos, Madrid 2004.

⁴⁸² Tal es la expresión legal que recoge el artículo 10.3 del Estatuto de los Trabajadores para definir esta *curiosa* figura jurídica, según la denomina el profesor Alonso Olea en la citada obra, y que aparece mencionada desde los tiempos de los Fueros de Alba de Tormes, Alcalá de Henares y General de Navarra.

⁴⁸³ El artículo 12 del texto laboral básico, que lo regula, viene siendo continuamente modificado. Recientemente por RD.-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la *empleabilidad* de los trabajadores (BOE de 21 diciembre).

⁴⁸⁴ La Ley 32/84, de 2 de agosto, generalizó el uso del contrato a tiempo parcial facilitando un mejor reparto del empleo disponible, a la par que introdujo una nueva modalidad, *el contrato de relevo* permitiendo la jubilación parcial de los trabajadores cuya edad se halle próxima a la ordinaria, siempre que simultáneamente se le sustituya por trabajador en situación de desempleo, teniendo por efecto fundamental la jornada de trabajo entre ambos compartida, pues su duración será, al menos, *equivalente a la reducción producida en la jornada del trabajador sustituido* (art. 8, c, RD. 1991/84, de 31 de octubre).

de trabajo, esto es, si la solidaridad entre los agentes del mercado de trabajo y la protección entre los miembros de una sociedad puede darse imponiendo o forzando, de una parte, o creando, de otra, las condiciones más favorables para intercambiarse entre ellos el valor que representa combinar una fórmula que venga a armonizar la eficacia de la prestación laboral durante el tiempo de trabajo con un mayor número de participantes en su desarrollo hasta el objetivo (¿la utopía?) del pleno empleo⁴⁸⁵.

Tampoco podemos dejar fuera de nuestro itinerario por las manifestaciones de solidaridad los específicos efectos que producen sobre la responsabilidad del empresario los supuestos de contratas y cesión de trabajadores, aspectos que antes hemos abordado y cuyo tratamiento singularizado -con la atención que merecen- desborda el marco de la presente reflexión. Aunque sin duda nos sitúan en el camino de afrontar el decisivo influjo de nuestra figura en el proceso de nacimiento y formación de la Seguridad Social, como principio inspirador en que se proyecta y cristaliza, según tendremos ocasión de tratar en el último apartado del presente capítulo⁴⁸⁶.

2.2.2. Su acogimiento por la jurisprudencia como instrumento de garantía.

La doctrina civil del Tribunal Supremo se viene mostrando decisiva en la elaboración conceptual de la solidaridad desde su privilegiada función complementaria del ordenamiento jurídico al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho⁴⁸⁷.

2.2.2.1. La primigenia función extensiva de protección del crédito.

Siendo muy escasas las referencias legislativas, la invocación al término *solidaridad* se hace siempre en el marco del Derecho de Obligaciones y con el propósito de identificar la responsabilidad de los sujetos productores del daño, fiel a su

⁴⁸⁵ En este punto resulta imprescindible por su actualidad, agudeza y sentido crítico el trabajo de la profesora M^a Sol HERRAIZ MARTÍN, *La gestión del tiempo de trabajo en el siglo XXI, ¿Flexibilidad para quién?* editado en 2014 por Laborum.

⁴⁸⁶ De su aspecto omnipresente y expansivo dan buena muestra los profesores DE LA VILLA Y SAGARDOY en su trabajo *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía* (1985), que refieren la solidaridad como principio y valor asumido constitucionalmente a propósito de presentar la jubilación forzosa como limitación del derecho al trabajo justificada en el derecho colectivo al pleno empleo. El propio RD. 1451/83, de 11 de mayo, regulador del empleo selectivo y de las medidas de fomento aplicables singularmente a estos trabajadores, expresa en su Exposición de Motivos que *el Gobierno entiende que es preciso realizar un esfuerzo económico y de solidaridad social para hacer efectivo, respecto de los minusválidos, el derecho al trabajo*. En la misma materia destaca el trabajo posterior de Eva GARRIDO PÉREZ, *Trabajadores minusválidos, de la protección a la promoción*, en Temas Laborales número 51 (1999).

⁴⁸⁷ El artículo 1.6 del Código Civil atribuye de este modo a la Jurisprudencia la naturaleza de fuente del Derecho.

fundamental tarea protectora. Así, la solidaridad de los obligados a la reparación de un daño *por falta de individualización de comportamientos individuales*⁴⁸⁸ constituye una forma de expresión que se origina en la propia sentencia condenatoria, pues con anterioridad no existía. En este sentido, la sentencia de la Sala Primera del Alto Tribunal de 21 de febrero del año 2000 (RJ 2000/752) resume a la perfección cuanto venimos diciendo, al sostener que la condena solidaria que se proclama por las responsabilidades derivadas del artículo 1591 del Código Civil⁴⁸⁹ no tiene origen convencional sino que es creación jurisprudencial, de suerte que dicha solidaridad, por obviar la regla inicial y deseable de la individualización de la responsabilidad, solo se justifica en los casos en que sea imposible separar las respectivas responsabilidades de los intervinientes. Tal elemento de confusión sugiere la idea de cohesión o solidez etimológica, de igual modo que la concurrencia causal de una pluralidad de agentes en la producción del resultado habido, sin que pueda individualizarse la responsabilidad de cada uno, determina que aparezca el vínculo de solidaridad, que se presenta como el más adecuado y apto para que el derecho a ser indemnizado sea efectivo y no resulte vaciado en su contenido económico reparador⁴⁹⁰.

Si a nivel doctrinal pudiera existir alguna duda sobre la procedencia de la solidaridad como principio general, para la sentencia del Tribunal Supremo de 27 Octubre de 1999 (RJ 1999/7627) la cuestión se muestra fuera de toda discusión y tras destacar que la actual doctrina jurisprudencial ha proclamado, con base en el artículo 3.1 del Código Civil⁴⁹¹, el carácter solidario de las obligaciones derivadas de determinadas operaciones mercantiles, somete la cuestión debatida al principio de solidaridad, lo que hace irreprochable el fallo de la resolución de instancia. Configurado, pues, como criterio inspirador de la norma y determinada su función protectora, es claro que la realidad actual del principio estudiado ya no es aquel residuo marginal que se *cuela* en el ordenamiento mediante el modo en que se constituyen ciertas obligaciones y derechos, estando incluso su aplicación relegada en términos de excepcionalidad. Ahora (y en ámbitos concretos del ordenamiento jurídico, con total determinación) se nos muestra como un riguroso factor de garantía capaz de penetrar e invadir situaciones de oscurantismo, clarificando y sacando a la luz comportamientos antijurídicos con restablecimiento de cuantos derechos pudieran

⁴⁸⁸ Tal es la expresión que utiliza la corriente de jurisprudencia marcada por las STS 20-02-1989 (RJ 1989/1215), 1-06-1994 (RJ 1994/4568) y 19-12-1995 (RJ 1995/9426), entre otras muchas.

⁴⁸⁹ Iguala la responsabilidad por daños y perjuicios del arquitecto con la del contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción.

⁴⁹⁰ STS de 21 diciembre 1.999 (RJ 1999/9747).

⁴⁹¹ Tan integral y decisivo precepto, que por repetido no impide lo volvamos a evocar, literalmente recoge: *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.*

resultar afectados. En este papel se concreta una de sus funciones básicas como en el apartado siguiente examinamos.

2.2.2.2. Su papel clarificador en la teoría del levantamiento del velo y en la determinación del concepto de empresario.

En el ámbito social, la jurisprudencia no difiere de estos postulados procediendo tanto a depurar conductas como a extender responsabilidades en una línea constante que, arrancando desde la teoría del *levantamiento del velo* y pasando por la constelación de los grupos de empresa y la determinación del empresario real, alcanza actualmente a las personas de los administradores, como últimos responsables del quehacer societario⁴⁹².

En torno, pues, a esta idea se viene configurando una nueva doctrina sobre la naturaleza y el concepto de empresa, en razón a los presupuestos de titularidad efectiva patrimonial y dirección única que, aunque clásicos en el debate, adquieren una dimensión extraordinaria desde la perspectiva del principio de solidaridad. Es decir, no se trata tanto de extender la responsabilidad a los administradores desde los postulados de las leyes que regulan las sociedades de capital por incumplimiento de sus deberes societarios, como de penetrar en el *sustratum* de la relación y deducir que las sociedades son mero instrumento de apariencia para buscar el centro de imputación responsable en el verdadero empresario, que ciertamente debe identificarse con las personas físicas que a su voluntad las crean, amplían, residencian, compran, venden, activan o desactivan, transforman, disuelven y liquidan según su particular interés⁴⁹³.

⁴⁹² La STSJ Castilla y León de 19-4-1999, al decidir su recurso número 616/1994, estudia la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima integrada en otras. Se aplica el criterio de solidaridad, toda vez se parte de un dato básico: hay grupo de empresa dedicadas a la fabricación y comercialización de piensos compuestos para animales. Y en el relato fáctico se recogen los movimientos de capital y el tráfico de personas y cargos entre las distintas sociedades que conforman el grupo. Tras aclarar que los efectos *contaminantes* de la solidaridad impide la llamada a juicio de todas las sociedades y pronunciarse sobre otros aspectos de orden adjetivo, entra a resolver las cuestiones que considera fundamentales del recurso marcadas por la *doctrina del levantamiento del velo* y en la determinación y alcance de la responsabilidad solidaria en cuanto a la condena de todas las personas físicas y jurídicas concurrentes, que el juez de instancia sí ha apreciado en términos extensos.

⁴⁹³ En este sentido se expresa la STS (1ª) de 20-6-1991 (RJ 1991/4567) examinando que al socaire de esa ficción o forma legal en que se constituye la persona jurídica se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude o la conducta fraudulenta en general...*ya que el fraude es sinónimo de daño o perjuicio...valiendo como subterfugio o ardid que implica en el fondo un acto contra legem*. Tales argumentos se reproducen en la doctrina que sigue contenida en las sentencias de 16 de marzo, 6 de junio y 29 de diciembre de 1992. La jurisprudencia de la Sala de lo Social posee esa misma orientación: la STS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990/233) establece requisitos no solo de pertenencia al mismo grupo empresarial sino de prestación de servicios indiferenciada por parte del trabajador, actuación unitaria del grupo bajo una misma dirección, coordinadas de confusión patrimonial y la ya comentada de abuso de la personalidad.

Por ello, basta en ocasiones con reconstruir el proceso registral de las sociedades-pantalla para determinar con absoluta certeza donde debemos ubicar la verdadera responsabilidad, tras comprobar en sus notas marginales los aleatorios cambios de domicilio, los estratégicos movimientos de capital, las espontáneas reencarnaciones en nuevas sociedades, y el abandono de las que extinguen colocándolas en insolvencia o dejar meramente inactivas, sin proceso alguno de disolución y liquidación. Por ello la mera invocación del concepto mismo de empresa que proporciona el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁹⁴ resultaría bastante para eventualmente deducir la responsabilidad de los administradores, máxime cuando, además de tales, son propietarios, y por ende empresarios vinculados directamente a los trabajadores por relación laboral plena, conforme la única solución posible que previene el Ordenamiento Jurídico, consistente en que, conforme el artículo 6.4 del Código Civil, debe hacerse aplicación de la norma eludida para evitar el fraude de ley.

De igual modo que en su momento se procedió por parte de la doctrina a superar la ficción que representaba tener como empresa a una sociedad *aparente*, y mediante aplicación de la teoría del *levantamiento del velo* se fijó como entidad responsable a una segunda por razón de unidad patrimonial y dirección única, cabe ahora desde igual perspectiva y profundizando en el principio de solidaridad, abordar la *ruptura del hermetismo de la persona jurídica*, en palabras del profesor De Castro⁴⁹⁵, para desde el planteamiento de la confusión existente entre empresa y personas físicas,

⁴⁹⁴ *A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior (trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario), así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.*

⁴⁹⁵ De Castro y Bravo, F., en *La persona jurídica* (Civitas, Madrid 1981), como exponente de la doctrina científica, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1.984 (RJ 1984/ 2800) cuando en un considerando sin desperdicio alguno expresa: (.../...) *admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. séptimo, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. séptimo, 2, del Código Civil), lo cual no significa -ya en el supuesto del recurso- que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino solo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «ex contractu» o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad», según la doctrina patria.*

deshacer la apariencia y designar a quienes *enmascaran una situación empresarial plenamente individual*⁴⁹⁶.

El intercambio de capitales o participaciones entre las empresas, la posición de verticalidad entre las sociedades dominantes y dominadas y el influjo de las decisiones de unas sobre las otras determinan que, aunque su actividad mercantil o fines sociales sean diferentes, pueda hablarse de responsabilidad patrimonial solidaria. Y ello aunque tampoco se dé el requisito de confusión de plantillas exigido por la jurisprudencia de no constatarse que los trabajadores hayan prestado servicio simultánea o sucesivamente en varias empresas del grupo, pues tal hecho no es factor determinante cuando la estructura del grupo y las relaciones de dominación-subordinación se producen de forma tan notoria.

La apariencia externa de legalidad tampoco puede justificar ni esconder el uso fraudulento que el artículo 7.2 del Código civil prohíbe cuando se hace con daño a tercero; es decir, se admite la coexistencia pacífica entre la cobertura legal mercantil y el efecto nulo -por abusivo- en el orden laboral. Eso sí, el hecho de que las directrices procedan de un mismo foco de poder empresarial viene a determinar que la responsabilidad no se extienda a las personas físicas, sino meramente a las jurídicas que de forma unitaria y solidaria deben responder. Tal salida no aporta solución real y definitiva al fraude denunciado, pues resulta impensable que esa imputación no quede vinculada a quienes personalmente se ocultan tras la máscara cambiante del grupo empresarial⁴⁹⁷.

Elemental consecuencia de cuanto venimos manteniendo supone en el orden práctico determinar la competencia del orden jurisdiccional al amparo de la norma procesal, al tratarse la responsabilidad que venimos estudiando de pretensión suscitada entre trabajador y empresa como consecuencia del contrato de trabajo⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ La resolución de la Sala de lo Social del Alto Tribunal de 29 marzo 1985 (RJ 1985/1451) funda su condena en la existencia de una doble titularidad de la empresa, la aparente y la real, respecto de los recurrentes, no dándose infracción del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, pues concurre en ellos la calidad que niegan tener de empresarios, como personas físicas que reciben la prestación de servicios de los trabajadores, ni tampoco interpretación errónea del artículo 1902 del Código Civil, ni de los artículos 1, 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues lo que se sostiene en la sentencia es que no se puede eludir la responsabilidad patrimonial genérica que proclama dicho código mediante la creación de una sociedad puramente aparente en cuanto nunca ha funcionado como tal.

⁴⁹⁷ La STSJ Castilla y León de 19-4-1994, antes citada, en el último motivo estudia el mecanismo jurídico capaz de extender la responsabilidad solidaria, fundamentándolo en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos más allá de formalismos y formalidades jurídicas...*evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad, y lo que es un hecho económico se ha convertido en una situación jurídica que en el mundo del Derecho Laboral se traduce en que todas las empresas del grupo son las verdaderas empleadoras pues no cabe duda que el sustrato económico y finalista es el mismo a los efectos no solo externos sino también internos.*

⁴⁹⁸ Por ello, no cabe aplicar ni las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero y 28 de febrero de 1997, ni el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de dicho Tribunal de fecha 8 de marzo de

por cuanto se limitan a resolver puntualmente acciones contra los administradores derivadas de la omisión de deberes societarios que obviamente constituyen cuestión ajena al tema planteado, circunscrito a la proyección que sobre el contrato de trabajo ejerce la función tuitiva de la solidaridad.

Con todo, tanto la consideración al esquema que antecede como el reconocimiento constitucional del principio general que venimos invocando deberían solo constituir un punto de partida en el desarrollo de la cuestión que planteamos. Así -en palabras de los profesores De la Villa y Sagardoy- queda justificado con creces la ilusionante expresión de que *todos estamos obligados a superar la barrera retórica tradicional* y, desde la autonomía del Derecho del Trabajo, reinterpretar sin complejos los nuevos retos que a cada momento se suscitan en nuestra disciplina⁴⁹⁹. Y sin duda la superación del viejo esquema, en que torpe e interesadamente se mueve el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, forma parte de este propósito.

3.- DINÁMICA Y FUNCIONES DE LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA.

3.1. Empresa y empresario.

Si la noción de empresario infractor en su vertiente individual⁵⁰⁰ se muestra nítida en su identificación, no sucede lo mismo con la atribuida a la persona jurídica. Es éste

1996. En su escueta fundamentación jurídica el reseñado auto del Tribunal Supremo se limita a declarar la competencia del orden jurisdiccional civil manifestando que la acción ejercitada *es la prevenida en la Ley de Sociedades Anónimas contra las personas que componen su órgano de administración, que nada tiene que ver con la relación laboral que tenía el actor con la empresa, en la cual los demandados integraban su órgano de administración, excepto en el origen del crédito insatisfecho, pero la causa petendi reside en el incumplimiento de los deberes que competían a los demandados como administradores sociales*. En igual sentido, la responsabilidad del administrador único de la sociedad anónima queda sujeta, en la citadas sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que se reseñan, a su consideración como cuestión previa por cuanto, *siendo evidente que para extender la deuda salarial de la compañía a su administrador único, primero ha de establecerse la obligación de la empresa, y, después, analizar si la conducta social del administrador le hace responsable de aquella deuda. Ha de concluirse, pues, que falta el componente de necesidad previa, propio de las cuestiones así calificadas*.

⁴⁹⁹ Vid. de los citados autores su obra *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*. Universidad Autónoma de Madrid, 1987.

⁵⁰⁰ GONZÁLEZ SEARA, L., en *La responsabilidad social de la empresa*. Revista del Ministerio del Trabajo número 50, nos sitúa en el origen del término con este aporte historiográfico: *En el Tesoro de la lengua castellana, de Sebastián de Covarrubias, uno de nuestros primeros diccionarios, publicado en 1611, no aparecen para nada las palabras «empresa» y «empresario». Después la palabra «empresa» significó «emblema», «divisa» –baste recordar las «empresas políticas», de Saavedra Fajardo– pero también empezó a significar una acción o una tarea que requiera decisión y esfuerzo para ser ejecutada*.

concepto discutido⁵⁰¹ que viene sufriendo profundas revisiones para lograr el objetivo de fijar con nitidez sus límites, evitar aventuras en sus espacios prohibidos y dotar de seguridad a su discurrir en el proceloso ámbito de la responsabilidad empresarial⁵⁰². Siendo el rasgo esencial de la persona jurídica la total separación patrimonial entre la sociedad y los socios, cabe el riesgo de reducir el concepto a la pura abstracción hasta convertirse en instrumento pantalla y justificador de las más diversas e ingeniosas combinaciones financieras, lo que viene obligando a los tribunales a descorrer el velo artificial de la sociedad y a juzgar conforme a la realidad⁵⁰³.

En este artificio con que se reviste la persona jurídica se han querido identificar dos aspectos difícilmente reconciliables, pues no cabe imponer el antropomorfismo jurídico sin riesgo de crisis a sabiendas de que la ficción inicial terminará por desvelarse⁵⁰⁴. Así lo viene entendiendo gran parte de la doctrina científica que a la crítica ya expresada de falta de paridad legal se une la que provoca la fascinación de una metáfora: la que representa la persona jurídica y las aplicaciones puramente instrumentales del concepto⁵⁰⁵. Pese a todo, es difícil encontrar postura que no valore positivamente la conveniencia de mantener vivo el concepto de persona jurídica. Pese a su relatividad y los constantes problemas que plantea su equiparación con la persona física, de ésta toma su aspecto externo y esconde en su interior toda una maquinaria que desborda el plano de lo individual.

⁵⁰¹ *Son personas jurídicas las sociedades civiles*. Así se inicia un proceso que por primera vez aparece en el Código Civil de 1851 y que culmina en el Código de Comercio de 1885.

⁵⁰² Nuestro Código Civil sigue una prudente vía media en su concepción de la persona, pues junto a la natural contempla la jurídica que a su vez divide entre las de interés público y las de interés particular.

⁵⁰³ Así ya lo exponía en 1950 Federico de Castro en su trabajo *¿Crisis de la Sociedad Anónima?* Desde el origen de la polémica encontramos tres orientaciones: la potenciadora, la extintiva y la intermedia, que viene a admitir el concepto de persona jurídica pero con carácter instrumental y limitado, excluyendo su reconocimiento cuando se utilice para cometer fraude o incumplir las leyes.

⁵⁰⁴ En sus orígenes nadie pudo pensar que mediante el contrato de sociedad fuera posible crear la persona jurídica, que en su derivación hacia la sociedad anónima suscita un serio problema jurídico, pues *llega a obtener consideración de tal por la semejanza que su estructura formal tiene con las corporaciones, aún cuando esta vida corporativa rara vez exista* (Federico de Castro y Bravo, *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*. Octubre 1949).

⁵⁰⁵ Para un sector influyente de la doctrina científica, encabezado por el propio Federico de Castro, la sociedad anónima no debe merecer la consideración de persona jurídica y al entenderse como tal se hizo abstracción de sus componentes dando origen a su degeneración como *artificio*. Sobre la idea del *Derecho* en el insigne jurista, merece la pena deleitarse en el discurso elogioso que con ese nombre le dedica en 1986 el profesor Rodrigo Fernández-Carvajal.

3.1.1. Determinación del verdadero empresario.

Consecuencia de lo anterior es el quebranto de la ficción cuando se confundan el interés y la propiedad de ambas personas, o cuando su mantenimiento implique fraude o solución injusta al caso planteado⁵⁰⁶. Pero tal remedio no es suficiente porque de un problema general y abstracto pasamos a una solución más genérica e insostenible aún. De ahí que los remedios del caso concreto mediante las resoluciones judiciales no proporcionen verdadera seguridad y sea preciso elaborar respuestas contundentes de política jurídica que impliquen sistematización de circunstancias y supuestos hasta la regeneración del concepto de persona jurídica⁵⁰⁷. Pero el intento de atajar este mal endémico, esto es, su abstracción y las situaciones de fraude que provoca, parece que no llega nunca y que deliberadamente se deja pudrir el problema en una dinámica marcada por las resoluciones puntuales y cambiantes de los tribunales, que nunca terminan de cerrar un debate siempre abierto a nuevos detalles y circunstancias⁵⁰⁸. Aspecto culminante de esto último lo constituye la figura de la sociedad unipersonal⁵⁰⁹, que entendemos conceptualmente injustificable pues si la persona jurídica es construcción de conveniencia para satisfacer fines que la persona individual no puede conseguir ¿qué sentido podría buscarse a esa *contradictio in terminis* que no sea consumir el fraude buscando un escudo protector de la responsabilidad personal? Máxime cuando en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil las deudas formalmente contraídas por la sociedad en realidad son generadas también por el dueño de las acciones⁵¹⁰, lo que incorpora mayor

⁵⁰⁶ Constituyen contribuciones importantes al debate científico sobre la crisis del concepto de persona jurídica las obras de Paul Bastid y otros, publicadas en Francia con el sugestivo título de *La personalidad moral y sus límites*, y Rolf Serick en Alemania con su *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles* que tiene por subtítulo el clamoroso nombre de *El abuso de derecho por medio de personas jurídicas*, cuyo comentario a cargo del profesor Puig Brutau constituye una deliciosa pieza de nuestra literatura jurídica.

⁵⁰⁷ La crisis evoluciona desde el hermetismo del concepto por falta de transparencia hasta la deformación misma con olvido del sustrato real y prevalencia de su carácter formal y abstracto, cuyas desviaciones más ostentosas degeneran hacia las sociedades de un solo socio y las llamadas *ficicias* sin sustrato material o personal algunos.

⁵⁰⁸ A las contradicciones judiciales se unen las de carácter doctrinal que configuran el conjunto y son exponente de la crisis que viene atravesando la teoría de la persona jurídica, fundamentalmente por su subordinación a la figura de la sociedad anónima.

⁵⁰⁹ Pese a esta anomalía, la sociedad de un solo socio no constituye causa legal de disolución y su proclamado carácter transitorio no tiene plazo de vigencia.

⁵¹⁰ Ya Ferrara advertía que con la aparición de esta clase de sociedades cualquiera podría ya desarrollar el comercio de mayor riesgo oculto tras esa pantalla, empeñando solo parte de sus bienes. En su amena y didáctica obra denominada *Empresarios y sociedades* el autor italiano añade que tales sociedades unipersonales también pueden darse como *culminación de un proceso de concentración de acciones en una sola mano lo que implica su organización artificiosa y una delicada separación de patrimonios*.

singularidad y riesgo a la figura, sin más límites que los fijados por el abuso de derecho y el respeto a la buena fe⁵¹¹.

Prescindir de la apariencia a que nos puede conducir una primera impresión en las condiciones y términos en que el accidente de trabajo se produce por infracción de las normas de seguridad y juzgar los actos por su contenido sustancial, más allá de vendajes preliminares o componendas interesadas en la determinación de la responsabilidad y fijación de reparaciones finales, constituyen el objeto de nuestra reflexión, que parte de la diferenciación entre empresario formal y productor real del daño, hasta llegar a la cuestión de quién deba afrontar la carga de las indemnizaciones resultantes. El primer aspecto no requiere de mucho esfuerzo: es ilusorio identificar ambas personas, resultando inevitable mediante el mecanismo de la solidaridad poner el acento en el verdadero núcleo causante al constituirse la empresa como mero cauce de carácter instrumental y de valor relativo. El segundo nos conduce a un planteamiento de simple consecuencia: la reparación íntegra del daño corresponderá obviamente a su autor una vez se determine. Así quedan plasmadas en dos actos consecutivos las funciones básicas del principio de solidaridad, su papel destructor de la apariencia y como garantía de las verdaderas responsabilidades en concurso que su efecto expansivo le proporciona⁵¹².

Pero no es el aspecto adjetivo del ropaje externo en la producción del accidente de trabajo lo que interesa, sino el flujo de intereses normativos y económicos subyacentes a toda regulación lo que determina la separación (o exclusión en su caso) de responsabilidad entre los patrimonios del empresario en cuyo ámbito rector se produce y de quien ordena legislativa o reglamentariamente las medidas de seguridad aplicables y se encarga de su fiscalización y control. Porque si una conclusión se impone es ésta: el distinto nivel de responsabilidad jurídica implica autonomía en la asunción de cuantas acciones y omisiones se vinculan al resultado

⁵¹¹ Entre las nuevas funciones de la persona jurídica destaca la que se atribuye a la sociedad anónima de permitir separar la propiedad de la riqueza (accionistas) del poder sobre ella (administradores), constituyendo tal hecho uno de los presupuestos nucleares del capitalismo y, si lo apreciamos con cierto énfasis y tono irónico, incluso podríamos aventurarnos a calificarla como obra maestra del arte jurídico y uno de los mayores descubrimientos de los tiempos modernos.

⁵¹² La falta de medidas adecuadas de coordinación en las tareas de prevención de riesgos laborales determina también la responsabilidad solidaria de la empresa promotora que no comprueba y supervisa la correcta y efectiva aplicación de las medidas de seguridad, consintiendo que se realicen los trabajos en cubierta, pese a haberse retirado la protección metálica que cubría el hueco del ascensor sin utilizarse otros medios adecuados, permitiendo de este modo el ascenso a través de una escalera inadecuada, dando lugar a la caída del trabajador y su posterior fallecimiento. Con estos presupuestos resulta imposible la exoneración de la empresa principal por ser la primera obligada a garantizar la seguridad de los trabajadores a su servicio, según declara el TSJ Galicia en sentencia núm. 1842/2015 de 31 marzo (AS 2015\1201). De igual modo que la grave descoordinación en materia de riesgo eléctrico hace que se confirme el recargo del 50% impuesto con carácter solidario a la empresa principal, contratista y subcontratista por ausencia de un responsable que verifique la desconexión y ausencia de tensión en las distintas zonas de trabajo, a criterio del TSJ Madrid en su sentencia núm. 208/2015 de 6 marzo (AS 2015\953).

dañoso. Y por tanto no dándose ésta, *deben despejarse todas las nieblas de la metáfora*⁵¹³ que envuelven al verdadero infractor para designar al último responsable, sin permitir que nos seduzca el *fulgor de una imagen*.

El proceso de desarrollo creciente y artificial de la persona jurídica se ha mostrado irrefrenable hasta nuestros días. Desde su asunción definitiva por el Código de Comercio en 1885 y la prudente vía intermedia que adopta el Código Civil se ha instalado la noción genérica de *empresario infractor* que en materia de recargo de prestaciones emplea a título descriptivo el artículo 123 (actual 164) de la Ley General de la Seguridad Social para referirse a toda suerte de empleadores sin importar su tamaño y peso en el vasto juego de las prestaciones sociales y ámbito protector del Sistema. No es ajena dicha expresión a una suerte de hermetismo, entendido como noción vaga que puede encubrir una buena dosis de falta de transparencia en su verdadera alcance, lo que justifica que alcemos nuestra crítica contra la deformación de la expresión por pérdida de sustrato real y prevalencia de su carácter formal y abstracto, causa de toda suerte de desviaciones⁵¹⁴.

Pese a los movimientos correctores que han venido representando la tesis jurisprudencial anglosajona del *levantamiento del velo* y la doctrina italiana del *empresario oculto*, debe reconducirse la cuestión de determinar el último responsable a los justos términos que constituyen la propia razón de ser la persona física o jurídica en cuyo ámbito se infringe la norma de seguridad⁵¹⁵, esto es, la protección de las realidades que se esconden más allá del individuo, pero sin perder el norte de la subordinación que deben a la convivencia humana y a elementales razones de equidad y justicia. No cabe criticar partiendo de errores consagrados o abordando tópicos y lugares comunes sin ánimo alguno de transformar o proceder a una revisión de las teorías dominantes sobre el empresario en general. Porque llegados a este punto, y por vía de mera remisión a la doctrina mercantilista que domina el ámbito de la empresa⁵¹⁶, difícilmente podrá darse respuesta desde la perspectiva del Derecho del Trabajo a cuestiones de responsabilidad que reclaman al menos ser planteadas con urgencia. Otra cosa será su devenir en una carrera repleta de obstáculos.

⁵¹³ Tal expresión la refiere Serick en su teoría del *disregard* al tratar de los problemas de relación entre las sociedades matriz y subsidiaria.

⁵¹⁴ Así, por parte de los jueces se ha reaccionado contra los desmanes más visibles, pero se viene haciendo de modo prudente penetrando en el interior de la persona jurídica cuando se abusa de su independencia con daño ajeno. Tal hecho representa abandono de la concepción abstracta al tiempo que supone su fortalecimiento.

⁵¹⁵ Como paso previo a su desmitificación se impone la percepción de la crisis misma en clave político-social, por cuanto los cambios normativos deben ser consecuencia de constatar una realidad anómala susceptible de mejora.

⁵¹⁶ En este punto conviene referir la identificación que para un importante sector de la doctrina científica representa el Derecho Mercantil como *Derecho privilegiado*.

Forzosamente entonces debemos preguntarnos si mediante la figura del empresario infractor o en su versión más compleja, desde la persona jurídica en que habitualmente se esconde, hemos creado un mito que impide o dificulta ver la realidad, a base de separar sus elementos personales y materiales, segmentando su composición y priorizando el capital en detrimento del factor humano que constituye el trabajo ajeno, para finalmente limitar la responsabilidad de sus titulares y de quienes se articulan en torno a la contingencia profesional, que la práctica indolente ha venido entendiendo como verdadera y absoluta exclusión del responsable último derivando a una consecuencia que mal puede compadecerse con el concepto mismo no solo de persona sino de Administración Pública⁵¹⁷.

Pese a todo, nadie puede dudar de la realidad social (entendida más en términos de necesidad que de conveniencia) en que se sustenta la empresa como persona jurídica que lleva esa transformación incluso al Sector Público⁵¹⁸. Cosa muy distinta es el sentido artificioso hacia el que ambos puedan degenerar y los problemas que plantea su configuración dual como sociedad mercantil (o empresario público) y como sujeto de relaciones laborales⁵¹⁹.

3.1.2. Esquema elemental de responsabilidad.

Partimos de un simple desarrollo: la inocente idea del empresario físico deriva hacia la complejidad de la empresa entendida como persona jurídica, que como mero instrumento pervierte la verdadera responsabilidad. Solo una fórmula es capaz de poner orden en ese juego de ocultamiento: acudir a la solidez de un principio que demanda transparencia. Y lo que nos encontramos detrás de la pantalla son individuos que no pueden quedar inmunes. Este marco que ahora tratamos tiene su correlato con la propuesta que hacemos y que después culminaremos. La esbozamos ahora: de igual modo que la persona jurídica encierra la suma indiferenciada de las responsabilidades individuales de los socios que la componen, así la sociedad civil no puede dejar de ser responsable con (y *junto a*) las empresas que omiten su deber de seguridad. No cabe mirar para otra parte: si la Administración regula el accidente con normas preventivas, las consecuencias del accidente no puede limitarse al

⁵¹⁷ Así las cosas, cabe preguntarse si conviene conservar el privilegio de limitar la responsabilidad del accionista, toda vez debe distinguirse entre el sustrato asociativo real de aquel otro supuesto en el que el control efectivo esté en manos de un solo interés, lo que finalmente justifica que tal privilegio imponga el control del Estado.

⁵¹⁸ De ahí que la persona jurídica siempre sea reconducida a sus justos términos y sirva para proteger realidades sociales situadas más allá de los individuos.

⁵¹⁹ Por ello con buen criterio un importante sector de la doctrina entiende que no cabe rebajar la personalidad a la mera función de administrar la empresa ni reducir el sujeto a *irremediable e irremplazable complemento de la mercancía* (PACHUKANIS, E. B. *Teoría general del derecho y marxismo*. Editorial Labor, Barcelona 1976).

aseguramiento público primero y al refuerzo/recargo de la prestación a costa solo del infractor aparente: porque en la producción de aquel en mayor o menor medida todos estamos implicados.

Enlazando con esta idea, y en el primer tramo de la anterior reflexión, cabe sostener que el vínculo entre persona jurídica y empresa pasa por considerar los elementos esenciales de ésta. Y para ello debemos partir de que su concepto carece de autonomía propia, siendo que lo que importa a la ciencia jurídica es la noción de trabajador y que su definición en absoluto viene en atención a la figura del empresario⁵²⁰. No hay, en palabras del profesor De la Villa, personalismo alguno del empresario en orden al concepto de Derecho del Trabajo, que cabría entender como el Derecho de los trabajadores dependientes⁵²¹. Por ello, su existencia vendrá dada por los elementos esenciales que le son propios, entendiendo por tales la apropiación del resultado del trabajo, la asunción de riesgos y costes, incluido el económico que constituye la retribución, y sobre todo la ostentación del poder directivo con el haz de facultades inherentes a la organización y al ejercicio disciplinario sobre la conducta del trabajador.

La descripción que antecede es predicable de la persona jurídica en general y de las sociedades mercantiles en particular, lo que comporta el problema complejo de fijar el límite de su responsabilidad en relación con la personal de sus socios (de entenderse esto posible) y la exclusión expresa de solidaridad, que después trataremos⁵²². No obstante ello, y ante la elasticidad del concepto jurídico de empresario como realidad inaprensible por su variedad de enfoques, nos parece adecuado derivar al tratamiento de objetivación que la convierte en núcleo de imputación de relaciones jurídicas, pero sin perder su personificación que deriva a que la empresa en todo momento sea *alguien...* y no solamente *algo*.

⁵²⁰ Téngase en cuenta que las opiniones parten siempre de una revisión crítica de las teorías dominantes y llegan a veces a soluciones sorprendentes e inatacables mediante la actitud de criticar tópicos y lugares comunes propia de la renovación científica y teniendo como objetivo último el subordinar todo a la convivencia humana y la justicia.

⁵²¹ DE LA VILLA GIL, L. E., *Curso de doctorado sobre concepto de empresario*. Universidad Autónoma de Madrid, 1998-99.

⁵²² A juicio del profesor de Castro (op. cit. pág.39) *el socio único como soberano de la empresa debe responder con su patrimonio personal*.

3.2. Función protectora.

3.2.1. Ante el fraude de ley

Nuestro sistema jurídico posee un implacable mecanismo para detectar y corregir situaciones de fraude. El apartado 4 del artículo 6 del Código Civil⁵²³ contiene un principio de eficacia universal al que solo se le puede reprochar la generalidad con que están expresados sus términos, pero que en el orden práctico funciona de forma muy saludable siempre y cuando los jueces y tribunales así terminen considerándolo y despejen qué clase de actos son los que (realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él) deben considerarse ejecutados en fraude de ley⁵²⁴.

Así, constituir junto a la esposa una sociedad anónima de existencia solo aparente para enmascarar una actividad empresarial puramente personal parece no escapar al modelo citado y la condena a la persona física se impone al concurrir dos titularidades, una aparente a cargo de la entidad mercantil y otra real a cargo del dueño, que se muestran del todo punto incompatibles, no tanto por la naturaleza de persona *ficta* de aquélla, sino porque *nunca ha funcionado como tal*⁵²⁵. Este aspecto dinámico referido a la función resulta clave en el análisis de la responsabilidad que estudiamos, pues la falta de contabilidad y ausencia de vida societaria son presupuestos definitivos de la solidaridad protectora en que se funda la condena para reforzar el concepto de empresario como receptor del trabajo ajeno en el ámbito de su organización y dirección conforme al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores.

⁵²³ El referido precepto expresa: *Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*

⁵²⁴ La STS 3-2-2000 (recud 1430/1999) con ponencia de Antonio Martín Valverde estudia un supuesto de dualidad empresario real/ficticio en el grupo Telefónica de España: la interposición de un testaferro o empleador aparente que figura como sujeto del contrato de trabajo pese a no ser el verdadero titular de la relación laboral y pese a carecer además de organización empresarial propia. En este caso no hay verdadera sucesión de empresa del artículo 44 ET sino creación artificial de mecanismo de interposición en fraude de ley (STS 21-3-1997). Por ello el derecho de opción no cabe, pues resulta ilícito imposible la incorporación a empresa ficticia o inexistente (STS 17-1-1991), debiendo entenderse que dicho precepto es norma de protección del trabajador y no procede convertirla en una norma de protección del negocio simulado (STS 21-3-1997).

⁵²⁵ Así se expresa por el Tribunal Supremo en sentencia de 29.3.85 (RJ 1985/1451). El supuesto estudiado queda resumido en que el recurrente constituyó junto con su esposa una sociedad anónima de existencia solo aparente para enmascarar una actividad empresarial puramente personal de demandado, siendo que el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación que éste interpone contra la sentencia de instancia que le condenó, solidariamente junto con la sociedad anónima, al abono a los trabajadores demandantes de la indemnización por despido. Fundada la condena en el existencia de dos titularidades de la empresa, una aparente a cargo de la sociedad y otra real a cargo del recurrente, la Sala afirma que éste no puede invocar carecer de la personalidad con la que se le demanda, ya que no cabe eludir la responsabilidad que corresponde al empresario mediante la ficción de constituir una sociedad mercantil, de existencia solo aparente y que nunca ha funcionado como tal.

También cuenta nuestro ordenamiento con un precepto clave que viene a complementar la contundencia del antes invocado y somete la solidaridad a un trato de excepción. Según hemos tratado anteriormente, el artículo 1137 del Código Civil reserva el carácter de solidarias a las obligaciones que expresamente así lo determinen frente a la regla general de la mancomunidad⁵²⁶. Repárese en que la línea fronteriza entre una y otra clase de obligaciones viene dada por el *auto-nominalismo* exigido a las solidarias, aspecto éste muy distante de la teoría de las presunciones en que se apoya una sólida corriente de jurisprudencia⁵²⁷. En efecto, la solidaridad ni se presume ni es factible imponerla con fundamento en simples indicios, pero es obligado trascender el estricto marco del contrato de trabajo para dar satisfacción a las legítimas pretensiones de los trabajadores cuando está en juego el resarcimiento de un daño que a buen seguro ha sido causado, en el caso que venimos comentando, por la persona física que provoca la crisis (esposo y padre de la titular y gestora, a quien trasmite sus funciones, respectivamente) y no por ninguna clase de espectro inmaterial. Y aunque solo fuera aplicando el principio universal de responsabilidad contenido en el artículo 1101 del Código Civil⁵²⁸, expresión del clásico *suum cuique tribuere*, debiera reforzarse la coherencia de llamar empresario a quien realmente recibe la prestación de servicios del trabajador y desenmascarar a quien se vale de la familia o del ropaje de las sociedades (incluso llevando contabilidad y celebrando juntas) para deducir su verdadera responsabilidad.

3.2.2. Superación de la apariencia.

Superar la apariencia. Éste es el objetivo en el proceloso campo de la responsabilidad solidaria⁵²⁹. Ya hemos establecido como premisa justificativa en la evolución del concepto de empresario que no cabe poner en duda la importancia que para el Derecho ha representado la persona jurídica y su desarrollo capital en el ámbito del

⁵²⁶ Ya hemos referido que el citado artículo literalmente expresa: *La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.*

⁵²⁷ Es muestra la sentencia de 28 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9044) del Tribunal Supremo que absuelve de responsabilidad al esposo de una empresaria individual que participa en la constitución de una sociedad anónima mediante la oportuna suscripción de acciones y durante largo tiempo se constituye en administrador de ambas para finalmente traspasar tal cargo y el patrimonio social a su propia hija.

⁵²⁸ Tan importante y universal contenido resulta así expresado en el texto legal: *Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla..*

⁵²⁹ Mantiene Del Vecchio, comentando a Celso, que el jurista a diferencia del leguleyo no puede darse por satisfecho con lo que está escrito, sino que debe investigar el fundamento intrínseco de la norma.

comercio a través de las distintas clases de sociedades. Pero cuando dicho instrumento se emplea para defraudar a los acreedores, en claro perjuicio de los trabajadores ó - en elocuentes palabras de Serick- para proteger a los bribones y delincuentes, *los jueces pueden prescindir de la traba de la persona jurídica, estimarán que la sociedad es un conjunto de hombres y harán justicia entre personas reales*⁵³⁰. Esto es lo que a menudo hacen jueces y tribunales a falta de una decidida política legislativa que supere la confusión terminológica y conceptual en que todavía nos encontramos, más próximos al azar del momento que a la seguridad de una cabal regulación.

Es criterio de nuestra Sala de lo Social del Tribunal Supremo sostener que cuando una persona individual es la única propietaria de una sociedad anónima aparente que utiliza la primera para desarrollar una actividad empresarial relacionada con un determinado ámbito, ambas tienen la cualidad de empresario respecto del trabajador que para ellos presta servicio y, en consecuencia, ambas están legitimadas para soportar pasivamente los efectos del proceso y, en caso de condena, a ambas ha de afectar solidariamente⁵³¹. No es este un supuesto de enmascaramiento que deba ser resuelto mediante la ruptura del hermetismo del que a menudo se envuelve la persona jurídica, sino de plena identidad entre la sociedad y la persona física individual que aparece en el sentido más clásico como el *dominus negotii* desprovisto de todo ropaje o intermediación y cuya responsabilidad se impone al amparo de la concepción dominical de empresario que proporciona el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores mediante la locución *trabajar para*, enfatizando sobre el destinatario de la prestación de servicios y al margen de la persona contratante.

Derivamos así a la doctrina jurisprudencial sobre el empresario aparente, según la cual dicha condición ha de atribuirse a los que por sí contratan y reciben la prestación de servicios⁵³², *ya lo hicieran en interés propio, ajeno o bien comunitario de cualquier grupo de organización empresarial más o menos regular, cuya existencia y*

⁵³⁰ SERICK, R, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Barcelona, Ariel D.L. 1958.

⁵³¹ Así lo expresa la STS de 8 de febrero de 1988 (RJ 1988/594). Interpuesta demanda sobre despido contra sociedad anónima y su administrador único, la sentencia de instancia absolvió a éste, apreciando falta de legitimación pasiva, condenando a la empresa; fallo que es recurrido en casación por el trabajador, obteniendo la estimación del Tribunal Supremo. La Sala manifiesta que cuando una persona individual es la única propietaria de una sociedad anónima aparente que utiliza la primera para desarrollar una actividad empresarial relacionada con un determinado ámbito, *ambas tienen la cualidad de empresario* respecto del trabajador que para ellas presta sus servicios y, en consecuencia, ambas están legitimadas para soportar pasivamente los efectos del proceso y, en caso de condena, a ambas ha de afectar solidariamente.

⁵³² La STS de 5-12-2006 (Recud 4927/2005) con ponencia de Aurelio Desdentado Bonete estudia un supuesto de cesión ilegal en el Ayuntamiento de Madrid con empresario aparente pormenorizando los efectos de la opción. Contiene extensísimos prolegómenos y dos fundamentos breves que transcriben la doctrina sobre el particular contenido en la precedente sentencia de 30-11-2005 (RJ 2006/1231), antes reseñada.

*características solo a los integrantes de esa agrupación debe afectar, pero no a los trabajadores que de buena fe concertaran sus contratos, sobre quienes no debe pesar el oneroso deber de indagación de complejas relaciones negociales internas, para ellos en principio desconocidas, y que no suelen ser fáciles de descubrir*⁵³³. Tales argumentos son esclarecedores y de vital importancia tanto en el orden sustantivo, porque razones de seguridad jurídica refuerzan la solidaridad entre quienes realmente son y aparecen como empresarios, como en el orden procesal, al aliviar la carga al trabajador de establecer correctamente el litisconsorcio pasivo necesario, seguramente por aplicación del artículo 1144 del Código Civil⁵³⁴, y con independencia del secretismo en los pactos e identidad de socios a que alude el artículo 1669 del mismo texto legal.

La tensión entre la realidad y la apariencia guarda perfecta correspondencia con el antagonismo que conforman los términos material y formal, constituyéndose en eficaz perspectiva desde la que contemplar situaciones de fraude de ley o manifiesto abuso de derecho, como exponente de la dimensión certera con que debe aplicarse e interpretarse el Derecho a la luz de los artículo 6 y 7 del Código Civil. Bastará, pues, reafirmar la situación de ropaje jurídico que encubre una realidad empresarial distinta, protagonizada por las personas físicas que la conforman⁵³⁵ para acentuar la responsabilidad de éstas como verdaderos empresarios a tenor del propio concepto que el artículo 1 del Estatuto de los trabajadores proporciona, al margen de su condición de socios, de la diferente identidad jurídica que comporta o del cargo, concurrente o no, de administradores que pudieren ostentar.

3.3. Imputación de responsabilidad: marco y límites.

Venimos manteniendo que tanto el fraude como el abuso de derecho poseen en abstracto cobertura suficiente para determinar la responsabilidad solidaria de cuantas personas físicas o jurídicas comprometan los derechos del trabajador mediante construcción de apariencia. Pero las demandas que se interponen contra los *otros* responsables, ya sean administradores sociales o el mismo Estado por medio de las entidades gestoras de la Seguridad Social, pueden tropezar en la práctica forense con

⁵³³ Conforme recoge la STS de 31-5-88 (RJ 1988/4681).

⁵³⁴ Literalmente dicho precepto expresa: *El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todo ellos simultáneamente las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.*

⁵³⁵ En este supuesto el Alto Tribunal en su sentencia de 26 de febrero de 1990 (RJ 1990/1232) desestima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto, admitiendo la existencia de despido tácito por falta de ocupación efectiva y tratando la responsabilidad solidaria por fraude de ley que afecta a los socios de sociedad anónima aparente formada por familiares.

toda suerte de dificultades⁵³⁶. Ni la naturaleza del crédito, ni la condición de trabajador y empresario real de las partes convencen al Tribunal Supremo para determinar no ya la responsabilidad sino, como cuestión previa, la misma competencia de jurisdicción que, vista la sencillez y rotundidad con que se expresa la regla básica de la norma procesal, ninguna duda debería suscitar⁵³⁷.

La tendencia exculpatoria de las personas físicas se incrementa a medida que se hacen más frecuentes las demandas contra los administradores sociales, al considerarse este medio como expresión garantista de créditos insatisfechos, consecuencia lógica de la doctrina del empresario aparente⁵³⁸ y eficaz remedio ante el manifiesto abuso de derecho que las provoca. En respuesta a las primeras condenas el fraude se disfraza, se torna más sutil y elaborado. Ya no se aprecian situaciones ostentosas de torpe enmascaramiento o se propician ropajes familiares, parentales o de conveniencia. Ahora, se cuidan todos los detalles de forma, en la confianza de que la separación patrimonial de empresa y socios, unido a una liquidación quirúrgica practicada por administradores -imputables pero a salvo de responsabilidad por deudas laborales - quizá eviten el pago de indemnizaciones y salarios.

Detentar la totalidad del capital social no es suficiente para dar lugar a responsabilidad frente a obligaciones contraídas con autonomía, patrimonio y personalidad supuestamente distintos⁵³⁹. Esto es, transmitir responsabilidad entre empresas de un mismo grupo en razón a su actuación unitaria por responder a iguales dictados y coordinadas, existiendo confusión patrimonial, no representa en la práctica problema alguno. Sin embargo, tratándose de personas físicas la cosa cambia al gozar éstas de distinta personalidad jurídica, propia e independiente, estar limitada la responsabilidad de los socios a su aportación patrimonial y quedar sujeta frente a

⁵³⁶ El Auto de 8 de Marzo de 1996 (RJ 1996/9185) recaído al resolver conflicto negativo de jurisdicción es fiel exponente de cuanto decimos: reclamada una deuda salarial contra los administradores de una sociedad insolvente, tanto la jurisdicción civil como la laboral se declaran incompetentes, lo que denota ser materia de escaso apetito para nuestros Tribunales. Tal aspecto se confirma en el escuálido fundamento con que Nuestra Más Alta Instancia despacha el litigio hacia la jurisdicción civil sin más argumento que residenciar la causa *petendi* en los deberes que a los administradores competen como administradores sociales.

⁵³⁷ En efecto, la contundencia que se contiene en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Social ninguna clase de limitación debiera admitir dada la claridad y extensión de sus términos: *Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho en conflictos tanto individuales como colectivos.*

⁵³⁸ Véase MARTÍNEZ GIRÓN J., *El Empresario aparente*. Civitas, Madrid, 1992.

⁵³⁹ Cada vez con mayor fuerza se alzan propuestas para superar los viejos esquemas de la estructura bilateral del contrato reclamando la técnica de la responsabilidad solidaria como única respuesta posible para no situarse a espaldas de la nueva realidad del trabajo asalariado. Así, MOLERO MARAÑÓN, M. L., en su trabajo *Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral*.

terceros la de los administradores a supuestos de falta de diligencia debida por daño producido al quebrantarse la ley o los estatutos sociales⁵⁴⁰.

3.3.1. Sustrato personal *in extenso* y contenido material.

En esa labor de determinación del empresario real, y ante el magnífico obstáculo que la consideración formal del ropaje externo representa, debe acudir a la fórmula técnica de acentuar la condición de empresarios a cuantas personas físicas decisivamente intervengan en la toma de decisiones siendo destinatarias del trabajo ajeno, por cuanto es evidente que la imputación de responsabilidad solidaria procederá si se acredita la existencia de un grupo de empresas o unidad empresarial entre individuos y sociedades, de tal manera que pudiera atribuirse a todos ellos indistintamente la condición de empresarios en los términos del artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores⁵⁴¹.

Y este criterio, entendemos, no solo es el adecuado cuando se trata de dar satisfacción a un crédito legítimo, sino también cuando el trabajador accidentado no obtiene reparación íntegra a su pretensión indemnizatoria en los supuestos en que el daño se haya causado por la concurrencia de varios agentes, además del empresario nominal. Y visto el camino que la doctrina y los tribunales llevan recorrido en pos de una respuesta definitiva, estamos convencidos de que la última respuesta nunca llegará por vía de remisiones más o menos acomodadas, analogías o tendencias de inspiración a la carta⁵⁴².

Por ello en el análisis del razonamiento que presentamos hay dudas que deben despejarse:

1ª) De igual modo que los socios pueden tener consideración de empresa, ¿cabe dejar al margen de toda responsabilidad a quien tiene a su cargo supervisar y regular, en el ámbito laboral, las condiciones en que el trabajo se presta?

⁵⁴⁰ Conforme a los ya derogados artículos 1 y 133.1 de la Ley de Sociedades, actualmente sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2010 que rige en la materia.

⁵⁴¹ No debe olvidarse que lo importante es identificar no tanto la figura mercantil como el concepto *laboral* de empresario en los términos que MONTOYA MELGAR emplea en los *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, para quien cumplido el presupuesto de retribuir una prestación laboral en calidad de sujeto de un contrato de trabajo *resulta, pues, irrelevante para el Derecho del Trabajo que el empresario laboral sea al mismo tiempo un empresario desde la perspectiva del Derecho Mercantil o desde un punto de vista económico*.

⁵⁴² Determinar si hay único empresario o una obligación subjetivamente compleja es el dilema a resolver: o sujeto o colectividad, lo que en la práctica significa imputar a todos los que forman parte de esa pluralidad de sujetos en el marco de un vínculo único y en un régimen de responsabilidad solidaria, que no puede limitarse a los supuestos de fraude o abuso de derecho (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *El empresario*....p. 78 y 79).

2ª) Así como los salarios debidos y las indemnizaciones constituyen deuda social, ¿el recargo de las prestaciones de Seguridad Social por vulneración de medidas de seguridad debe recaer exclusivamente en el llamado *empresario infractor*?

En la formulación de ambas cuestiones debe advertirse la simbiosis que entre los conceptos tanto mercantiles como jurídico-laborales (y de Seguridad Social) se produce y que precisan de un esfuerzo de síntesis para obtener respuesta firme y unitaria. A la primera cuestión podría responderse manteniendo que no todos los socios ejercen personalmente el poder directivo pero que fácticamente lo ostentan por delegación al Consejo de Administración; no cabe duda entonces que a su titularidad efectiva unen el poder real en virtud de mandato (artículo 1709 del Código Civil)⁵⁴³, constituyéndose de este modo en destinatarios de la prestación laboral. Así contemplado parece que no existe duda alguna: el socio podría ser considerado empresario sin ningún género de duda al darse los elementos esenciales de su concepto legal⁵⁴⁴. De igual modo, el Estado a través de su poder normativo ordena y obliga a los particulares la observancia de una serie de reglas para evitar o aminorar las resultas de los accidentes de trabajo y se impone a sí mismo la tarea de inspección; es manifiesto que ni el accidente se produce ni la enfermedad profesional se contrae en su centro de trabajo ni a consecuencia o por ocasión de una relación laboral a su cargo. Pero no puede negarse que, al igual que sucede con los socios respecto de la sociedad mercantil, es inevitable un contagio de responsabilidad, una ósmosis de obligaciones entre el llamado empresario infractor y el garante de su cumplimiento final.

Respecto de la cuestión clave, de igual modo que resulta inadmisibile que el socio en su papel de empresario no pague el salario debido o tenga excluido el pago de toda clase de indemnización laboral⁵⁴⁵, en paralelo también es obligado preguntarnos una vez más qué sentido tiene responsabilizar del recargo de prestaciones únicamente al empresario incumplidor de sus obligaciones en materia de seguridad laboral

⁵⁴³ (.../...) *a cuyo través se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra*, conforme determina el concepto legal.

⁵⁴⁴ Ya hemos comentado que la definición que el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores contiene es amplia y pone el acento *in extenso* en el ámbito de organización y dirección en que se prestan los servicios retribuidos por cuenta ajena.

⁵⁴⁵ Con respecto a esta cuestión, apresurémonos a decir que ambos ordenamientos, el mercantil y el laboral, recíprocamente ignoran tales conceptos. La ley mercantil tanto al regular la acción social como la individual de responsabilidad omite la causa *petendi* por causa de conflicto entre trabajadores y empresa, refiriendo solo los vocablos *acreedores* o *terceros* como titulares de las acciones procesales, social e individual, respectivamente, de responsabilidad contra los administradores, por actos lesivos, contrarios a derecho o realizados sin la diligencia propia del cargo. Y de igual modo, la ley social silencia la locución *deudas sociales* para en su caso referirse genéricamente bien los salarios bien a las concretas indemnizaciones que regula.

eximiendo de toda responsabilidad a quien no ha cumplido con las suyas por omisión o comportamiento negligente de las mismas.

3.3.2. El argumento del vínculo directo, su intensidad o grado de cohesión.

La tendencia a condenar a las personas jurídicas y a exculpar por falta de legitimación pasiva a los demandados individuales en concepto de socios tiene por fundamento en sede judicial la falta de *vínculo directo* con los trabajadores⁵⁴⁶, lo que podría ser cuestionado en razón a la doctrina del empresario aparente. Respecto de los administradores, son razones de competencia por razón de la materia las que suelen impedir su condena, cuando realmente y en la práctica a su condición de socios unen la de representantes legales de la sociedad, vinculados a la junta general mediante contrato de mandato⁵⁴⁷ y como tales se encuentran sujetos a las acciones genéricas y específicas de responsabilidad⁵⁴⁸.

La unidad del ordenamiento jurídico permite que los trabajadores afectados por una situación de impago recalcitrante, y ante los supuestos que la ley mercantil contempla, puedan actuar sin ninguna clase de obstáculos sustantivos o procesales, dado que la facultad de accionar constituye derecho básico (artículo 4. 2. g del

⁵⁴⁶ La STS (Social) de 28.2.97 (RJ 1997/4220) entiende que para extender la deuda salarial de la empresa a su administrador único, primero ha de establecerse su obligación como empleadora y, después, analizar si la conducta social del administrador le hace responsable de aquella deuda. Antes en la STS 24-9-1987 (RJ 1987/6392) se estableció el mismo esquema fáctico: excluye de responsabilidad a la persona física, condenando solo a la jurídica habiendo con carácter previo existido transmisión *intervivos* y centrando el argumento en la ausencia de infracción penal o el fraude de ley con el fin de defraudar los derechos de terceros. *Y como* –remata de este modo- *la solidaridad no se presume por así expresarlo el 1137 del Código civil, debiendo constar expresamente en el contrato o imponerse de forma taxativa por ley...* termina por absolver a la persona física.

⁵⁴⁷ Téngase en cuenta que en virtud del artículo 1718 del Código Civil el mandatario *queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante*, y que su responsabilidad no solo comprende los derivados del dolo sino también la culpa *que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido*.

⁵⁴⁸ La Ley de Sociedades Anónimas de finales del siglo pasado contemplaba junto a las acciones genéricas de responsabilidad de los artículos 133, 134 y 135, dos de naturaleza específica residenciadas en la Disposición Transitoria 3ª de su texto refundido, apartado 2), por incumplimiento del plazo de adaptación de estatutos a la reforma; y en el artículo 262.5 de la misma por falta de disolución existiendo causa legal. No debe olvidarse que la referida Ley se aprueba en fecha 22 de diciembre 1989 y en su Disposición Transitoria 3ª concedía plazo hasta el 30 de Julio de 1992 para proceder a la adaptación de Estatutos a lo que en ella se disponía en caso de existir contradicción con sus preceptos. Por otra parte, y concurriendo causa de disolución de la sociedad, el artículo 262.5 del texto legal se mostraba contundente respecto a los administradores al extender a los mismos la responsabilidad solidaria cuando *incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución*.

Estatuto de los Trabajadores), que obviamente deben ejercitar ante la jurisdicción laboral, pues en la civil no cabe reclamar al patrono conforme al principio básico de competencia que establecen los artículos 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 de la Ley de la Jurisdicción Social⁵⁴⁹.

La ausencia de criterio claro forzó en su momento que tímida y progresivamente, a golpe de demanda y recurso, se abrieran nuevas vías. Así, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina que fija por sentencia de 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9644), determinó que en los supuestos de incumplimiento por parte del administrador de su obligación de adaptar los estatutos, mediante el preceptivo aumento capital social, cabía declarar su responsabilidad solidaria por afectar tal omisión a la garantía de los acreedores, entre los que se encuentran los trabajadores, siendo exigible ante los Tribunales que conocieran de las deudas sociales insatisfechas⁵⁵⁰. Como abiertamente reconoció el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 7 de junio de 1999 (AS 1999/2826) *esta Sala viene siendo muy reacia a esta ampliación de responsabilidad que aplicamos excepcionalmente en contados y singulares supuestos*⁵⁵¹ referidos todos ellos a los casos clásicos de grupos de empresa en que se dan los requisitos de confusión patrimonial, de plantillas, apariencia jurídica externa y unidad de dirección con sus variaciones y matices complejíssimos en que la realidad se muestra. Esta declaración judicial supone admitir que no existe todavía un parámetro homogéneo ni regla común que permita identificar el principio de solidaridad en materia de responsabilidad. Sabemos que el criterio del abuso del derecho y el fraude de ley son eficaces ante

⁵⁴⁹ Aunque siempre quedaría a salvo atraer la competencia del orden jurisdiccional social acudiendo a la vía del propio artículo 1 de la Ley Procesal Laboral para atribuir a la pretensión ejercitada naturaleza de conflicto *promovido dentro de la rama social del Derecho*, en los amplios términos que el precepto se expresa.

⁵⁵⁰ La misma resolución se apresura a dejar bien delimitado que *esta doctrina no contradice la sentada por la sentencia de esta Sala de 24 de Febrero de 1997, cuyos supuestos, de otra parte, son diferentes. Se examinaba aquí la aplicación del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto que impone a los administradores la obligación de disolver la sociedad en los casos enumerados. La responsabilidad derivada del incumplimiento de este deber de disolución del ente exige un previo conocimiento y pronunciamiento sobre la existencia de los condicionamientos legales determinantes o no de dicha obligación de disolución. Y parece lógico que al respecto deba atribuirse a los Tribunales competentes en materia mercantil el conocimiento de aquella cuestión principal de responsabilidad en cuanto tal determinación no es accesoria respecto a las obligaciones sociales*. Tal extensión de responsabilidad es nítida en su formulación y no precisa de mucho esfuerzo técnico. Pero su efecto perdió vigencia el 30 de julio de 1992, lo que deja la competencia del orden social por tal causa reducida a un producto caducado.

⁵⁵¹ Y bien que lo lleva a efecto si consideramos su juicio final en supuesto de identidad de administradores y apoderados de la sociedad y, al mismo tiempo, propietarios de los inmuebles donde radica la actividad: *El hecho de que estas personas físicas estén unidas por lazos de parentesco y por tanto pertenezcan a una misma familia todo el capital social de la empresa, no permite por sí solo extender a las mismas la responsabilidades y deudas derivadas de la actividad de la sociedad anónima, pues, precisamente la separación entre el patrimonio personal y el de la empresa es la finalidad esencial de la constitución de una sociedad de esta naturaleza, tal y como permite la normativa mercantil que rige en nuestro ordenamiento jurídico*.

situaciones de enmascaramiento, hermetismo y confusión....pero su acertada resolución depende en última instancia de la mayor o menor sensibilidad o apego a la causa del juez.

Disponemos también de la cobertura que proporciona la legislación mercantil a través de las acciones de responsabilidad social e individual contra los administradores; pero en un caso sobra generalidad y en otro falta voluntad de aplicación ya sea por razón de especialidad ya por imposibilidad física o agotamiento de objeto. Aquí entendemos que no cabe reconvertir una conducta negligente desde el punto de vista societario en otra que atenta contra el núcleo básico de la relación laboral, sino que estamos en un solo escenario, la empresa, en que el poder directivo, encarnado en los administradores, comete un grave perjuicio al trabajador por atentar contra la continuidad y estabilidad del contrato. No caben juegos de palabras ni voluntarismos: no hay confusión de dos esferas jurídicas distintas ni visión totalizadora de las relaciones contractuales entre partes. La responsabilidad de los administradores se ubica sin duda en la ley mercantil⁵⁵², pero este dato es irrelevante: también están al margen de la legislación social multitud de preceptos que los jueces y tribunales de este especializado orden aplican necesaria y frecuentemente.

Tampoco es óbice a la exigencia de responsabilidad de los administradores que la negligencia no tenga origen en el contrato de trabajo: basta que se constituya en la causa de su extinción para entender que resulta conectado al mismo y determinar la exigencia de responsabilidad a quien causa un daño y por ello deba proceder a resarcirlo, ya sea por vía del antes citado artículo, ya sea (y esta es la opción natural) aplicando el principio general de reparación del artículo 1101 del Código Civil. En cualquier caso, este razonamiento conecta con una dimensión que cabe extraer del concepto mismo de empresario. En efecto, desde la óptica del legislador mercantil los socios no responden personalmente de las deudas sociales⁵⁵³... ¡pero (decimos nosotros) sí deben responder de las indemnizaciones y salarios en su condición de empresarios, al darse el requisito esencial de ser receptores del trabajo ajeno

⁵⁵² Artículos 236 y siguientes de la referida ley de sociedades de capital.

⁵⁵³ Tal aserto es incuestionable. Pero se ha trucado su verdadero sentido, el literal y teleológico: en sus prolijos y detallados estudios sobre la sociedades de capital, RODRÍGUEZ ARTIGAS mantiene que *los socios no es que respondan **limitadamente** de las deudas, sino que no responden de las mismas porque lo que realmente sucede es que los socios limitan su riesgos a la aportación que realizan al fondo común, limitación que se produce tanto en la esfera externa como en la interna de la sociedad.* Esta conclusión nos sigue pareciendo gratuita: primero conceptualmente, porque si admitimos que la sociedad responde ilimitadamente con sus bienes (art. 1911 C.C.) qué sentido tiene calificarlos de responsabilidad limitada si hemos establecido como premisa justo lo contrario. Por ello, tal limitación (básico de su enunciado) debe referirse al socio. O sea, el socio responde limitadamente. Es evidente que no responde de las **deudas sociales**, es decir, de todas las deudas sociales, pero sí de las que le correspondan en proporción. Y después por razón sistemática, lo que conduce a diferenciar entre socios capitalistas y personalistas en argumento que nos resulta una mera coartada: hay muchas de éstas, en que deliberadamente todos o algunos de sus socios responden personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales pudiendo liberarse de tan magnífico gravamen.

mediante la contraprestación que supone el salario, y ostentar la titularidad del poder directivo bien directamente en Junta General, bien a través del correspondiente órgano de representación social! En este sentido, ninguna diferencia podría predicarse respecto de los integrantes de la comunidad de bienes o con los socios civiles vinculados por contrato de sociedad, quienes también tienen atribuida la condición de empresarios a la luz del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores.

3.3.3. Criterios de exclusión y limitación.

El marco de la imputación que venimos tratando viene constituido por los pronunciamientos, ya clásicos, que muestran tanto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo como la doctrina científica más autorizada y que podemos resumir así:

a) Es fundamento de la responsabilidad solidaria la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades *negociales* subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir y, en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad⁵⁵⁴.

b) La responsabilidad solidaria en el grupo de empresas se representa con una relación vertical de dominación y un sistema de gobierno unitario, esto es, en un conjunto formado con una evidente vinculación tanto económica como personal⁵⁵⁵.

c) Para que se dé la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones laborales entre los componentes del grupo es preciso que las conexiones entre sus

⁵⁵⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo y 8 de octubre de 1987 (RJ 1987/321 y RJ 1987/6973). En la primera de las sentencias el Alto Tribunal estima el recurso de casación que interponen los trabajadores despedidos, razonando que, dado que la huelga suspende el contrato de trabajo, el cierre de la empresa sin autorización, aun conociéndolo los trabajadores, produce la nulidad del despido que comporta. Además se afirma que, siendo el empresario arrendatario de la industria, no solo del local, la extinción de los contratos revierte la empresa a los propietarios arrendadores. Por tanto, de las consecuencias de los despidos del personal responden solidariamente con aquél. La segunda en aplicación de la misma doctrina analiza los efectos del despido nulo en grupo de empresa formado por cuatro sociedades declaradas responsables solidarias.

⁵⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1989 (RJ 1989/5908). En este caso la responsabilidad se impone por cuanto no hay entre las sociedades demandadas un negocio jurídico real que explique la transmisión, ni ésta aparece conectada a un interés comercial u organizativo. En realidad la transmisión se presenta como un efecto automático de la fundación de la nueva sociedad que se hace cargo inmediatamente de la actividad realizada por la primera y de los trabajadores de la misma.

De esta forma, el control de la nueva sociedad y la propia creación de ésta aparecen vinculados objetivamente a una cierta descapitalización de la empresa transferida, al implicar en primer lugar la pérdida de un elemento patrimonial fundamental -el inmueble sede del comercio- hasta entonces afectado directamente a la explotación, pero que a partir del cambio de titularidad se independiza sustrayéndose a la esfera de responsabilidad empresarial.

distintos miembros sean no ya económicas o financieras, sino de tipo laboral; así, manteniendo una plantilla única o indistinta⁵⁵⁶.

Y sobre la responsabilidad de los administradores por deudas de los trabajadores, la doctrina unificada de la Sala Cuarta ha venido declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social cuando se trata de la cuestión relativa a la responsabilidad de los administradores societarios fundada en la omisión de los deberes impuestos en el derogado artículo 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, remitiendo la solución al orden jurisdiccional civil⁵⁵⁷, que sin embargo proclamaba la competencia del orden social en los supuestos de su responsabilidad por incumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera de dicha ley mercantil, argumentando que las conclusiones no son contradictorias al recaer su aplicación sobre supuestos distintos⁵⁵⁸. La incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer determinados supuestos de responsabilidad parte de diferenciar los conceptos de sociedad y empresa, enlazando así con lo que antes comentábamos respecto de la expresión *deudas sociales*⁵⁵⁹. En consecuencia podemos articular el siguiente paralelismo: del mismo modo que cabe entender limitada la responsabilidad

⁵⁵⁶ STS de 22 de enero 1990 (RJ 1990/182) con ponencia de Antonio Martín Valverde: *Ciertamente, en una regulación jurídica como la de los grupos de empresa, de creación jurisprudencial y todavía en fase germinal, la mera indicación de que tal situación genera **responsabilidad solidaria**, sin cita de precepto ni sentencia, no es bastante para considerar cumplido el deber de fundamentación jurídica del recurrente, que permite concretar los términos del debate procesal. Ello es así porque, evidentemente no todos los grupos de empresas son iguales a efectos de su tratamiento jurídico-laboral, ni mucho menos los distintos tipos de grupos de empresas dan lugar siempre entre sus componente a responsabilidades solidarias en el cumplimiento de las obligaciones laborales.*

⁵⁵⁷ Esta línea argumental está formada, entre otras, por las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 28.2.1997 -recurso 2928/1996-, 13.4.1998 -recurso 2925/1997, con voto particular-, y 21.7.1998 -recurso 102/1998-. En el supuesto estudiado por la expresada sentencia de 13 de abril, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la actora contra sentencia que decretó la nulidad de la de instancia y declaró la incompetencia objetiva del orden social de la jurisdicción para conocer del asunto. El Tribunal Supremo señala que la cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala en favor de la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de este concreto supuesto de posible responsabilidad solidaria de los administradores societarios por omisión de la promoción del acuerdo de disolución de la sociedad pese a concurrir alguna causa legal que les obligara a hacerlo, pues como ya ha declarado el Alto Tribunal, cuando no se trata de identificar sujetos de la relación laboral, sino de extender a otros sujetos responsabilidades de cualquier naturaleza que les alcanza por títulos jurídicos no laborales, no se puede calificar la cuestión como prejudicial, por lo que está bien negada la competencia del orden social de la jurisdicción.

⁵⁵⁸ Entre otras, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 28.10.1997 -recurso 3485/1996-, de 31.12.1997 -recurso 1858/1997-, 31.3.1999 -recurso 3073/1998, y 20.9.1999 -recurso 1339/1998. La segunda de las resoluciones reseñadas afirma decididamente que *la cuestión planteada en el presente recurso ha sido ya unificada por la sentencia de esta Sala de 28 de Octubre de 1997, recaída en supuesto sustancialmente igual al examinado en el presente recurso, por lo que a esta doctrina habrá de estarse conforme a un principio elemental de seguridad jurídica, acorde al mismo tiempo con la naturaleza y significado del recurso que nos ocupa, y en cuanto no han sobrevenido circunstancias convencionales, legales o de otro tipo, que aconsejen un cambio jurisprudencial.*

⁵⁵⁹ Esta línea está contenida en la doctrina de la que es muestra la sentencia del Alto Tribunal de 9 noviembre 1999 (RJ 1999/8520).

personal del socio a las deudas sociales, entre las que no debemos incluir *sensu stricto* las laborales sino las de naturaleza especial derivadas del tráfico propio de las entidades mercantiles, así debemos considerar que la responsabilidad solidaria del administrador por incumplimiento de obligaciones sociales solo debe ser exigida en el ámbito competencial en que se establece⁵⁶⁰.

En suma, si distinguimos entre sociedad y empresa, también debemos distinguir entre socio que no responde personalmente de deudas sociales y empresario obligado a la integridad de la deuda salarial, ya intervenga como persona física o jurídica, ya como titular o representante (aparente o real) siempre que medie relación de trabajo y al margen del revestimiento formal que adopte. Tal planteamiento conduce irremediabilmente a la primacía del concepto de empresa, a la vista del criterio ya consolidado de que las responsabilidades de los administradores son posteriores en su declaración y constitución a lo que conforma el contenido típico del litigio laboral entre empleador societario y empleado del mismo, debiendo ser decididas ante el orden civil de la jurisdicción⁵⁶¹. Por ello ni tan siquiera se permite plantear tal cuestión como prejudicial al entender la doctrina unificada que falta el requisito de necesidad previa llegando incluso a negarle el requisito de *relación directa* a que se refiere la ley procesal⁵⁶² porque, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1997 (RJ 1997/4220), cuando no se trata de identificar sujetos de la relación laboral sino de extender a otros sujetos responsabilidades de cualquier naturaleza que les alcanzan por títulos jurídicos no laborales, no se puede calificar la cuestión como prejudicial. Argumento éste que de nuevo nos remite al concepto de empresario en la tarea de identificar a los verdaderos sujetos de la relación laboral para deducir sus respectivas obligaciones que, en este sentido, ya no se configuran como societarias, sino como estrictamente laborales. Una vez más, y en el fondo, queda planteado el conflicto entre la justicia del caso concreto y la seguridad jurídica

⁵⁶⁰ Téngase en cuenta que la referida sentencia trata de un concreto supuesto de posible responsabilidad solidaria y que en los términos relativos que contiene a su vez diferencia: *en realidad para decidir sobre la responsabilidad salarial de la empresa es innecesario decidir la responsabilidad del administrador que será una cuestión no prejudicial sino posterior a la estricta y realmente laboral. Debe distinguirse entre aquellas cuestiones que son prejudiciales porque van a identificar como empresarios a quienes no lo son aparentemente de aquellas responsabilidades subsiguientes al establecimiento de la estrictamente laboral y que no condicionan tal establecimiento.*

⁵⁶¹ A tal conclusión se llega partiendo de lo declarado en la STS de 17.1.2000 (RJ 2000/918), toda vez que *la acción por despido se dirige contra las personas jurídicas, con base a que entre ellas se dan todos los supuestos jurisprudencialmente previstos para ser considerados un grupo de empresas como son: confusión patrimonial, identidad de caja que aunque las nóminas de los distintos trabajadores reflejan una titularidad empresarial distinta, lo cierto es que todos prestan servicios indistintamente para cada una de las tres empresas demandadas y, también se demanda a los accionistas, administradores únicos y miembros del consejo de administración de las empresas por si pudieran haber incurrido en algún tipo de responsabilidad personal y solidaria, ya que simultaneaban los cargos en las distintas empresas.*

⁵⁶² El artículo 4 de la vigente Ley de la Jurisdicción Social agrupa las cuestiones previas y prejudiciales en el enunciado común que denomina *competencia funcional por conexión*.

general. Dialéctica que sin duda se afianzará en el siguiente apartado cuando traslademos estas reflexiones, de acento mercantil y laboral, a un marco singular que conecta el ámbito de las prestaciones públicas con la sanción al empresario por incumplimiento de su deber general de protección.

4.- LA PROTECCIÓN SOCIAL: SOLIDARIDAD Y SEGURIDAD.

Hay obligaciones con pluralidad de partes que se concretan en leyes laborales de intenso contenido social, de las que son buen ejemplo las normas de Seguridad Social en su conjunto. Estando su cumplimiento atribuido a la sociedad organizada en forma de Estado con cargo a fondos públicos y proyectada su acción protectora sobre el conjunto de la población en razón al principio de universalidad⁵⁶³, ninguna duda puede haber sobre la inequívoca presencia de solidaridad al darse no solo los elementos esenciales de toda obligación sino también el decisivo requisito personal en sus vertientes activa y pasiva, esto es, la concurrencia de dos o más acreedores y deudores en una sola obligación que acontece en un marco donde con carácter preliminar ya se ha declarado aquel principio como fundamento del Sistema de Protección Público más elaborado: la Seguridad Social⁵⁶⁴.

4.1. Evolución del diseño legal.

Nace al Derecho la idea de protección social no sin pagar el peaje de un duro alumbramiento⁵⁶⁵. Asociada al hecho laboral, forma parte inseparable de su historia. No es, pues, fruto de una voluntad bienhechora, inmaterial y anónima, que ha dispuesto hacer realidad el aforismo de *dar a cada uno lo suyo*, sino que constituye la superación de un sistema basado en consideraciones de naturaleza liberal donde el mercado selecciona el papel de cada individuo y los aspectos sociales figuran en segundo plano. La llamada *solidaridad social* hace que el Estado intervenga en

⁵⁶³ Sus manifestaciones son múltiples, pero por poner un ejemplo modélico basta considerar la prestación de asistencia sanitaria que constituye expresión de solidaridad porque la enfermedad no diferencia entre personas y constata la unidad de todos en una sola idea: lo individual inserto en el colectivo, con identificación de ambos planos.

⁵⁶⁴ El Instituto Nacional de Previsión se crea en 1908 y bajo su aparato técnico latía el ideal de *solidaridad humana* tan presente en el ideario de las primeras leyes sociales a comienzos del siglo XX. Igualmente cobra singular importancia la protección de la salud con la cobertura de los riesgos laborales: las leyes de accidentes de trabajo y medidas de previsión popular, porque a juicio de unos de sus precursores, Eduardo Dato, *no era posible cerrar los ojos al espectáculo frecuente de seres humanos heridos, mutilados o deshechos por la fuerza incontrastable de las máquinas*.

⁵⁶⁵ La aproximación humanitaria del Derecho al problema obrero se hace desde la constatación de la miseria en que sobreviven los trabajadores. Tal actitud filantrópica tiene multitud de manifestaciones y asume como presupuesto de su discurso la convicción del carácter natural de las desigualdades entre las clases, acusando las barreras entre benefactores y socorridos. MONTROYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España (1873-1978*. Cívitas, Madrid 1992.

beneficio de los desfavorecidos invocando razones de igualdad a través del instrumento de técnicas concretas que se materializan en la concesión de prestaciones sociales. Es necesario advertir que el marco es público y que por eso las grandes declaraciones pueden resultar inevitables; pero por fin tenemos una voluntad de individualizar la prestación, de hacer posible en la persona de carne y hueso la solución a un problema acuciante. Esto es, se parte de una voluntad de bienestar social, pero solo cuando la protección se hace concreta y se vincula a necesidades concretas que el Estado cubre, solo entonces podemos hablar de Seguridad Social⁵⁶⁶.

Sin duda todo el armazón jurídico consolidado debe tener como referencia obligada la propia Constitución Española de 1978, y en particular la clave del arco de bóveda que constituye su nuclear artículo primero mediante la instauración de *el Estado Social y Democrático de Derecho*, que irremediablemente nos conduce al universo de la Seguridad Social, concebida en el artículo 41 como verdadero *derecho de los españoles* que posteriormente el texto refundido de 1994 se encargaría de articular, confirmar, abundar y, llegado el caso, mejorar⁵⁶⁷. No debe albergarse temor alguno: nuestra norma básica no solo impone a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos sino que además garantiza tanto asistencia como prestaciones sociales, en grado de suficiencia y ante situaciones de necesidad –que no concreta- pero que incorpora una variante de especialidad: la protección por desempleo. Este planteamiento de *mínimos y apartes* nos sitúa en disposición de preguntarnos si nos hallamos ante un concepto unívoco o admite diversos sentidos. Posiblemente haya tantas definiciones de Seguridad Social como autores, pero sin duda está fuera de toda duda su carácter protector. En la definición legal del artículo segundo de su texto refundido vigente se encuentran sus elementos sustantivos⁵⁶⁸: sistema, acción protectora, niveles y fundamentos. La referencia a los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad no puede resultar gratuita, aunque su invocación se muestra programática y formal a juzgar por el escaso y encubierto desarrollo que en la citada norma apreciamos de los mismos.

⁵⁶⁶ La obligación de ser justo y benéfico, desde los tiempos de la Ilustración, abre un campo interesante para sentar y sentir el fundamento de la justicia y el *hacer bien*, origen de la *beneficencia* que inspiraría toda la legislación incipiente de Seguridad Social. ÁLVAREZ JUNCO, J. y MORENO LUZÓN, J. *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006.

⁵⁶⁷ De los extranjeros y su integración social se encarga la ley orgánica 4/2000 y sobre los ciudadanos comunitarios rige con vigor el principio de no discriminación e igualdad de trato.

⁵⁶⁸ El precepto literalmente expresa: *Principios y fines de la Seguridad Social. 1. El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad. 2. El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley.*

Si de este basamento partimos, a la configuración como remedio público (*El Estado por medio de la Seguridad Social*) se llega atendiendo al párrafo segundo del mismo precepto, que definitivamente descende al plano material de la protección y del derecho subjetivo asumiendo el compromiso de garantizar la protección adecuada a quienes cumplan los requisitos y por extensión a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo. De este modo hemos llegado a saber que la garantía de la protección no se extiende a todos sino a quienes cumplan los requisitos (*a las personas comprendidas en su campo de aplicación*). Quedaría por determinar qué debe entenderse por *protección adecuada*, lo que no deja de ser locución dotada de un componente de equilibrio y suficiencia que nos aproxima al aforismo clásico del *suum cuique tribuere*⁵⁶⁹ y que no deja de ser otro principio de actuación como los que anteriormente vimos de naturaleza general. La adecuación del medio instrumental (que el Estado nos garantiza a través de esa herramienta llamada Seguridad Social, hecha institución pública) no se extiende a todas las situaciones de necesidad y contingencias que se producen sino solo a las que *se contemplan en la ley*. Se cierra de este modo la configuración de la Seguridad Social en nuestro Derecho, siendo menester en consecuencia que, concebido ya el diseño, pongamos en funcionamiento la maquinaria y comprobemos su eficiencia.

Sabemos que la articulación de un sistema requiere de un factor temporal; sobre el papel pueden diseñarse los más perfectos mecanismos pero la virtud de éstos termina residiendo en su viabilidad y rendimiento. Así, en el origen de la Seguridad Social está sin duda el principio de protección que la inspira pero sin duda es la norma el factor a considerar. Con todo, el nacimiento de nuestra primera ley propiamente de Seguridad Social, la de Bases de 1963⁵⁷⁰, se viene a justificar en el cúmulo de normativa y dispersión de regulaciones. Es el primer esfuerzo sistemático en ordenar el régimen protector de los trabajadores en sus estados de infortunio pasando de un conjunto de seguros sociales a un verdadero sistema de Seguridad Social con superación de los mecanismos parciales de aseguramiento. Y muy pronto nos encontramos la invocación a la solidaridad nacional para aportar raíz comunitaria a ese artificio técnico en que se constituye la Seguridad Social, que además se concibe como *tarea* a la que se otorga el calificativo y alcance de *nacional*, quizá con voluntad de expansión y compromiso⁵⁷¹. Esta es la justificación, quizá la única, que presenta la nueva Seguridad Social en su apartado primero, porque los ocho

⁵⁶⁹ Junto a los de *honeste vivere* y *non alterum laedere* integra el ideal de justicia para el Derecho Clásico.

⁵⁷⁰ Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1963, páginas 18181 a 18190).

⁵⁷¹ Y sigue el texto con la paradigmática comparativa, ya clásica...*que impone sacrificio a los jóvenes respecto de los viejos; a los sanos respecto de los enfermos, a los ocupados respecto de los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares respecto de los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos.*

siguientes (hasta un total de nueve) los dedica a las directrices que traza para su desarrollo: tendencia a la unidad, participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, participación del Estado, etc. Y todo ello en el propósito de afrontar y corregir las adversidades con que tradicionalmente se ha venido encarando la compleja maquinaria de la protección social.

El aseguramiento mutualista *a través de siglos de esplendor* no deja de ser una concesión histórica que en el apartado cinco de la citada ley se hace para ensalzar uno de los aspectos más relevantes del sistema: la inexistencia de ánimo de lucro como móvil de su actuación, con subordinación de los intereses privados y singulares al interés público y común. Esta directriz viene a complementarse con otra de capital importancia que refuerza el principio de igualdad entre los sujetos protegidos evitando la constitución de categorías privilegiadas de personas en razón al sector económico en que trabajen. Tan importante función queda plasmada en el octavo apartado que, apelando a los principios de justicia y equidad, atribuye a la Seguridad Social un papel preponderante en la redistribución de la renta total de la comunidad política y en la reducción de los *desequilibrios en el tenor de vida entre los ciudadanos*. Así, la recuperación del inválido se concibe como un derecho que basa en el *reconocimiento de su dignidad humana y de su potencial económico*; pero también como un deber que funda en *el principio general de solidaridad nacional de esfuerzos*⁵⁷².

Es especialmente llamativo por su contundencia que el sistema acoja desde el primer momento a cuantas personas reúnan las condiciones previstas *cualquiera que sea su actividad profesional* acentuando la convicción de que *la pertenencia a una determinada comunidad política no impide de ninguna manera el ser miembro de la familia humana*, criterio de flexibilidad y expansivo en su acción protectora que igualmente extiende a favor de los extranjeros. No se habla sin embargo de riesgo y sí de situaciones o contingencias para permitir el tránsito desde los seguros sociales al sistema que nace, al objeto de conseguir en la medida de lo posible la uniformidad de las prestaciones ante un mismo evento. Por ello se declara que se debe prestar más atención al infortunio propiamente dicho que a las causas que lo hayan producido.

Y de nuevo se habla de una verdadera *solidaridad nacional* como estación de término *que se instaura* cuando se proyectan las prestaciones de protección a la familia hacia una senda de justicia distributiva. Por ello los servicios sociales se definen como *complemento* del régimen de prestaciones y nacen al calor de la reeducación y rehabilitación de inválidos, medicina preventiva, higiene y seguridad en el trabajo y acción formativa, potenciando éstas de carácter técnico y preventivo frente a las de naturaleza económica, en un proceso que arranca en la reivindicación

⁵⁷² Ante el caso concreto este principio se formula como objetivo ineludible (a toda costa) a fin de que los servicios de recuperación procuren *que el inválido vuelva a su antiguo trabajo o que adquiera la aptitud necesaria para prestar otro distinto en consonancia con su capacidad reducida*.

de derechos de contenido económico-social, se desarrolla en pos de los de naturaleza política para llegar a los de *participación en los beneficios de la cultura*, eufemismo cargado de una desbordante fuerza de superación del viejo orden para introducir el concepto de régimen complementario de Asistencia Social, con virtualidad *en casos límite* y que no llega a la categoría de sistema sino de remedio paliativo de determinados estados de necesidad cuando no se acrediten los requisitos de acceso a la prestación, se agote el tiempo máximo de su disfrute o resulten insuficientes las que se causen⁵⁷³.

4.2. El sistema público de prestaciones.

El tránsito y posterior conversión de los Seguros Sociales en un auténtico sistema de Seguridad Social ha requerido de unos cimientos sólidos y amplios sobre los que asentar los pilares de una construcción en curso: es tarea inacabada, siempre susceptible de perfeccionamientos y extensiones como con acierto viene sistematizando la doctrina científica⁵⁷⁴, siendo que en el ámbito protector, alcance subjetivo, determinación de recursos y régimen financiero atenderá objetivos de promoción de la justicia social favoreciendo una justa y equitativa redistribución de la renta nacional, garantizándose en la gestión la participación real y efectiva de trabajadores y empresarios con el objetivo de aportar la máxima eficacia por medio de servicios técnicos coordinados.

Posteriormente el texto refundido de 1974, aprobado por Orden de 30 de mayo, marca una línea divisoria importante en la sistematización de las distintas parcelas temáticas⁵⁷⁵. Y la subsiguiente reforma del año 1978, por Real Decreto-ley de 16 de noviembre, delimita áreas de competencia aportando clarificación jurídica, económica, patrimonial, etc. dispersas en distintos departamentos administrativos: se simplifican y racionalizan determinados organismos gestores y se crean las entidades gestoras de la Seguridad Social *con sujeción a principios de solidaridad financiera y unidad de caja*, creándose entre otros el Instituto Nacional de Empleo, de cuyas

⁵⁷³ Hasta el advenimiento del Estado Moderno ningún modelo de protección existía. Las situaciones de necesidad eran cubiertas estrictamente desde el ámbito particular y solo las instituciones civiles y religiosas asumían la tutela de las que más graves se mostraban, bien por razones de orden público o por causa de caridad cristiana.

⁵⁷⁴ Con esto, ya tenemos ordenada la Seguridad Social como *una conjunta consideración de contingencias y situaciones objeto de cobertura, sin que en ningún caso pueda servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil* (Base primera 1). De este criterio participan las obras generalistas que desarrollan y sistematizan la materia, de las que son muestra los tratados de los profesores ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J., *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, y VIDA SORIA, J. *et alii*, *Manual de Seguridad Social* (2ª ed.), Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

⁵⁷⁵ Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, antecedente del hoy vigente que plasma el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

funciones destaca la de gestionar políticas activas en la materia⁵⁷⁶. Importa destacar que la fórmula derogatoria incluye la expresión *en cuanto se opongan a lo establecido en la presente norma*, aspecto de acumulación que tiene la virtualidad de incorporar nuevos aspectos dejando vigente el sustrato de procedencia. Pero no podemos negar que al mismo tiempo crea problemas en la delimitación de cuestiones fronterizas. Es lógico por otra parte que así suceda cuando se trata de un cambio sin ruptura en nuestro ordenamiento social, sensible a lo nuevo y a las sucesivas incorporaciones que de continuo se producen. La labor refundidora continúa en la nueva etapa que abre la Constitución hasta concluir en la vigente Ley General de 2015⁵⁷⁷. Es capital advertir que de la expresión *régimen público* que el artículo 41 contiene para configurarla hemos pasado al *derecho de los españoles a la Seguridad Social* del enunciado que a modo de frontispicio nos recibe el primero de sus preceptos. Indiscutiblemente se trata de un derecho subjetivo cuya titularidad pertenece a las personas que conforman su campo de aplicación con nulidad de todo pacto que individual o colectivo conlleve la renuncia de *los derechos que le confiere la presente ley* (conforme dispone su artículo 3) y que conecta con lo dispuesto en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores en la determinación del ámbito más amplio que tengan reconocido por disposiciones legales de derecho necesario.

Sin duda en el origen de este trayecto legislativo tiene un papel destacado la noción de *desigualdad social*, hecho éste que se constituye en el verdadero motor que impulsa toda política orientada a la realización de la justicia, ya desde un punto de vista promocional creando condiciones favorables, ya concediendo prestaciones y medios materiales para su satisfacción u otorgando protección frente a situaciones de necesidad. Se parte de la condición limitada del individuo y del papel inexcusable que el Estado está llamado a cumplir en su tarea de prestarle auxilio. Por ello, el ajuste preciso de los conceptos es lo de menos pero tiene su importancia de cara a la delimitación de situaciones: las categorías conceptuales ayudan a entender la realidad y en ese empeño clarificador debemos estar comprometidos. Fiel a este discurrir, la protección social conduce al reconocimiento de ámbitos de prestación diversos, asociando la idea de cobertura a una lógica necesariamente dividida en sectores clave: así, la protección de la salud determina la ordenación de la asistencia sanitaria en los distintos ámbitos en que se produce y en su nivel de desarrollo (preventivo,

⁵⁷⁶ Actualmente tales funciones están encomendadas al Servicio Público de Empleo Estatal. El INEM solo se conserva como marca desde su extinción por ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en cuya disposición transitoria segunda establece *que El Servicio Público de Empleo Estatal gestionará las políticas activas de empleo relativas a la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo en el ámbito estatal, formación profesional y continua, mientras la gestión de la misma no haya sido objeto de transferencia a las comunidades autónomas*.

⁵⁷⁷ En su índice sistemático se agrupan las normas generales (artículos 1 a 135) en el Título I, seguidos de la regulación del Régimen General y la protección que dispensa al desempleo, trabajadores autónomos por medio de su régimen especial y regulación de las prestaciones no contributivas, hasta completar los 373 artículos de que se compone y a los que cabe sumar sus disposiciones adicionales, transitorias y finales, además de la derogatoria.

benéfico o profesional), configurándose como pilar del Estado del Bienestar en orden a su universalidad y dando lugar al Sistema Nacional de Salud, gestionado por las Comunidades Autónomas pero respondiendo a una idea clave en que con fuerza confluye: la noción de esencialidad. Y ello porque está fuera de toda duda que la Salud⁵⁷⁸ (con letras mayúsculas) hunde sus raíces en la historia de la humanidad misma, siendo su universalidad una conquista de la sociedad a través de los tiempos que se vincula a criterios de bienestar y desarrollo, mereciendo la máxima protección de nuestro ordenamiento jurídico al vincularse a las nociones de dignidad humana e integridad física. Así queda recogido en los artículos 10 y 15 de la Constitución Española, que vincula la primera a los derechos inviolables de la persona que le son inherentes y que eleva la segunda, con carácter destacado, a nivel de derecho fundamental situado en su núcleo duro de protección.

A esa misma idea de lógica y unidad internas responde otro pilar clave: el de los Servicios Sociales⁵⁷⁹, con extensión a aspectos relacionados con la tercera edad, los discapacitados o la dependencia que configura la ley 39/2006⁵⁸⁰; la norma competencial de la Constitución Española de 1978 refiere la llamada Asistencia Social, que si inicialmente se concibe como complementaria a las prestaciones propiamente económicas dispensadas por la Seguridad Social, la dinámica de su propia existencia ya institucionalizada la ha terminado por mostrar en la práctica perfectamente reconocible. Los complementos mínimos de las pensiones son un ejemplo claro de la función que desempeña este ámbito de la protección social, pero donde sin duda alcanza todo su vigor es en la regulación que los distintos Estatutos de Autonomía contienen apareciendo toda una batería de competencias y funciones

⁵⁷⁸ Distinguimos dos niveles en su concepto y tratamiento: el privado, que se desarrolla en el ámbito estrictamente personal; y el público, ligado a la noción del interés general y cuya promoción y tutela corresponde a la Administración Pública.

⁵⁷⁹ Las formas históricas de protección social de las situaciones de necesidad son estudiadas por José María ALONSO SECO y Bernardo GONZALO GONZÁLEZ en *La asistencia social y los servicios sociales en España*, en un abanico que iniciándose en la Caridad desde la Edad Media y el Renacimiento, y pasando por la Beneficencia de la Ilustración y el Liberalismo, alcanza hasta nuestros días con las manifestaciones jurídico-institucionales de la Seguridad Social y la Asistencia Social Pública.

⁵⁸⁰ La *dependencia* como palabra queda convencionalmente definida en el Diccionario de la Lengua Española: por sí mismo es vocablo que poco aporta y su uso, sin referencia a ningún indicativo, puede entenderse de forma neutra y polivalente. Sería como referirnos a la viudedad sin vincularla a ninguna clase de pensión. Solo establecida la relación de ambos términos, su regulación se hace viable si a este último concepto queda ligada y se conecta a las causas, requisitos, beneficiarios y demás aspectos que su tratamiento legal impone. En España el nacimiento de la dependencia ha venido determinado por un problema de serio calado: su anclaje constitucional a propósito de las competencias entre Administración Central y Comunidades Autónomas. Si admitimos que el nuevo Sistema se integra en el ámbito de la Asistencia Social, de competencia autonómica, al Estado solo le queda regularla al amparo del título competencial del 149.1.1ª, en base al principio de igualdad, y el resultado se ha visto reducido a un ley de mínimos, muy distinto a lo que en técnica legislativa se entiende como Ley de Bases.

que han venido a desplazar el vocablo original de Asistencia Social por el de Servicios Sociales, de extensión ancha y calado profundo⁵⁸¹.

Y finalmente el sistema de Seguridad Social se constituye como el ámbito de prestaciones económicas por excelencia ya para conceder rentas sustitutivas del salario en razón a un criterio de previa contribución⁵⁸² ya para subvenir recursos indispensables con los que hacer frente a la subsistencia y los estados de carencia o necesidad, a la enfermedad⁵⁸³ y la vejez⁵⁸⁴; en suma, a una vida digna. Y ello sin duda es técnica, cuyos aspectos más destacados no pierden el norte del principio de solidaridad como expresión sublime de cohesión entre los miembros de una comunidad organizada, según queda expuesto.

Es la seguridad de los individuos frente a las situaciones de necesidad el factor que justifica la existencia de un sistema público de protección social. Y ello es característica propia de toda sociedad avanzada, máxime si entre sus valores supremos figura el de la justicia y la igualdad. Y destacadamente el de la solidaridad social. Es cierto que el debate sobre su extensión e intensidades, sobre su alcance y contenidos, ha estado y está muy influenciado por cuestiones de ideología y no podemos permanecer al margen de esta realidad: desde los planteamientos del llamado *Estado Mínimo* hasta la socialización en grado superlativo hay muchos

⁵⁸¹ Desde la Revolución Francesa hasta el Estado del Bienestar existe todo un recorrido en materia de derechos. Los llamados *sociales* son la culminación de este proceso, que se inicia con las instituciones ceñidas a la Instrucción y la Beneficencia y su posterior evolución hasta la Sanidad. Todas se mueven en el ámbito del sector público y están inspiradas por el mismo principio de solidaridad social. Actualmente sus fronteras están difusas, pues mientras la nueva Asistencia Social promueve rentas universales, la contemporánea Seguridad Social extiende sus competencias a realidades como la exclusión social que antes únicamente se cubría por aquélla, constituyéndose como la primera gran técnica específica de Previsión Social evolucionada desde los llamados Seguros Sociales. En nuestra Constitución los llamados *servicios sociales* no constituyen propiamente derechos fundamentales, toda vez no tienen el máximo nivel de protección: no hay, pues, *percha constitucional* aunque sí verdadero arraigo al abrigo del artículo 1 de la norma básica en su referencia al Estado Social y de Derecho. No olvidemos que la única cita sobre Asistencia Social se hace respecto de las Comunidades Autónomas descartando toda competencia del Estado.

⁵⁸² Vid. ARAGÓN GÓMEZ, C., *La prestación contributiva de Seguridad Social*, Lex Nova, 2013.

⁵⁸³ La prestación de asistencia sanitaria es auténtico y primario derecho subjetivo que, extendido a toda la población, encarna mejor que ningún otro derecho el principio de solidaridad social por cuanto extrae del mercado la protección de la salud e impone un modelo horizontal donde la redistribución de renta y el reparto son sus notas caracterizadoras. Su naturaleza de auténtico derecho constitucional se concreta en el *catálogo de prestaciones* del SNS consolidado en la ley 16/2003 de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS. Los sujetos responsables de la provisión de la atención sanitaria son los órganos administrativos y gestores que designa el Sistema Nacional de Salud.

⁵⁸⁴ De hecho, la vejez se incorpora como objeto de protección en nuestro ordenamiento jurídico por medio de un seguro social voluntario de los denominados *de libertad subsidiada*, regulados en la ley de 27 de febrero de 1908, adquiriendo carácter obligatorio a través del Retiro Obrero por Decreto de 11 de marzo de 1919, que evoluciona al subsidio de vejez por ley de 1 de octubre de 1939 y posteriormente al *seguro de vejez e invalidez* (SOVI), instituido por Decreto de 18 de abril de 1947 (ALONSO OLEA, M., *Instituciones de Seguridad Social*, 6ª Edición revisada. Madrid 1977).

estadios intermedios⁵⁸⁵. Pero una cosa es cierta, disponemos de una norma fundamental y esa es la que determina el campo de juego y sus reglas. La dicotomía entre individuo y sociedad se hunde en las raíces de la historia; es un debate que sigue abierto y en el que no podemos permanecer al margen porque frente al riesgo inevitable siempre estará la dimensión de la certeza del siniestro. Y a todos nos alcanza esa suerte.

La noción de riesgo es consustancial al seguro; sin duda hay componente individual, pero la dimensión comunitaria del ser humano determina que podamos hablar de riesgo social cuando tiene carácter amplio y es extensible a un colectivo uniforme de personas⁵⁸⁶. Por ello, la carga solo en el empresario de parte de una prestación pública se nos antoja situación paradójica, no solo porque representa un reproche exclusivo a su conducta de inciertas consecuencias en un proceloso e interminable pantano de litigios, sino sobre todo porque supone laminar el papel de quien por vía de responsabilidad solidaria está llamado a dar eficaz y pronta respuesta⁵⁸⁷.

Es éste, en suma, el objetivo que tratamos de alcanzar: cimentada ya la dimensión social del recargo de prestaciones, resta por abordar en primer lugar la íntegra reparación del daño causado, depurando en dicha tarea el concurso plural de vías y procedimientos, para finalmente determinar el papel de los verdaderos responsables en su obligación de satisfacerla.

⁵⁸⁵ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo Español (1873-1923)*, Tecnos, Madrid, 2002.

⁵⁸⁶ El seguro queda generalmente conectado a todo proceso de debilitamiento y puede obedecer a causas fortuitas o tener origen en un hecho previsible, consustancial al hecho mismo de vivir. La desgracia siempre ha concitado un sentimiento de aproximación y la acción pública, con mayor o menor acierto, ha sido sensible al desgarró de sus efectos. A mayor abundamiento, tal fenómeno de riesgo ha llegado a forjar toda una disciplina y una actividad floreciente para muchos bolsillos que se ha centrado en el sector del aseguramiento. No obstante, el artículo 1105 del Código Civil sienta el fundamento mismo de la intervención social al objeto de cubrir esas oscuras y vidriosas lagunas a las que el interés comercial no siempre llega, al determinar que *fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los que en que así los declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos, fueran inevitables*.

⁵⁸⁷ Es claro que desde una perspectiva de protección individual el ahorro encierra la paradoja de su imposibilidad para quien carece de rentas y por esta razón se muestra inviable como fórmula general.

TERCERA PARTE

LA REPARACIÓN DEL DAÑO

CAPÍTULO VI

DE LA ÍNTEGRA REPARACIÓN Y SUS DESEQUILIBRIOS.

1.- Aspectos esenciales de la reparación íntegra.

- 1.1. Daño único.
- 1.2. Articulación de indemnizaciones diversas.

2.- Límites cuantitativos del recargo.

- 2.1. Regla general de compatibilidad e independencia.
- 2.2. Supuestos de controversia.
- 2.3. Porcentaje aplicable.

3.- Procedimiento administrativo.

- 3.1. El expediente sancionador.
- 3.2. La declaración del recargo.

4.- La recaudación del recargo.

- 4.1. Constitución de rentas.
- 4.2. Devolución por nulidad.
- 4.3. Supuestos específicos.

5.- La protección jurisdiccional.

- 5.1. Insuficiente y confusa.
- 5.2. Propuesta de concentración y eficacia.

CAPÍTULO VI

DE LA ÍNTEGRA REPARACIÓN Y SUS DESEQUILIBRIOS.

1.- ASPECTOS ESENCIALES DE LA REPARACIÓN ÍNTEGRA.

Desde el umbral de nuestro estudio venimos manteniendo que la idea de reparación integral del daño ha venido a trastocar la vieja configuración de la culpa subjetiva que anidaba en los postulados clásicos para dar mayor extensión incluso a la residenciada en el artículo 1902 y siguientes del Código Civil. Ahora, comentábamos, se fortalece el principio de ajustar las soluciones indemnizatorias a la realidad social imperante en la sociedad conforme a las disposiciones del artículo 3.1 del Código Civil y se procede a limitar el criterio subjetivista pero sin llegar, por contra, a la adopción incondicional del principio de responsabilidad objetiva.

En ese marco de tendencia nos movemos: transitamos de lo particular a lo general, del contrato a la dimensión social, de la indemnización simple a la complejidad que la reparación integral del daño implica. Y siempre considerando la premisa de su naturaleza compleja que hace nos situemos en un escenario de indemnización, sí, pero también de sanción, toda vez el recargo de prestaciones (con el constante propósito de una reparación integral del daño) nunca se ha podido desprender de su origen punitivo y así, paradójicamente, ha terminado por convertirse en un confuso *totum revolutum* de responsabilidades y jurisdicciones, como ya tuvimos ocasión de mantener⁵⁸⁸. Ello sin olvidar el papel destacado que cumple en la prevención del accidente, como también vimos. De ahí el empeño del legislador en mantener a toda costa ese instrumento que, nacido como indemnizatorio, muta a sancionador para destacar en su vertiente preventiva. Es este factor de tutela administrativa el que con el paso del tiempo vendrá a incorporar un carácter sobrevenido y circunstancial de sanción civil, cuyo encaje todavía no hemos terminado de ordenar. Son pues razones de política social las que vienen manteniendo de forma residual o marginal los mecanismos de responsabilidad del Derecho Común en aras de obtener una reparación integral de las resultas de los siniestros laborales. Reiteramos: constituye aspecto prioritario mantener deliberadamente la responsabilidad del empleador como un reclamo y refuerzo de la prevención de riesgos profesionales, toda vez el recargo al objeto de reparar el perjuicio queda anudado desde su origen a la infracción

⁵⁸⁸ Ut supra, Capítulo I, 1 *Aspectos nucleares de la definición legal* y II, 4 *Concurrencia de órdenes jurisdiccionales*.

empresarial y a la consiguiente pena pecuniaria. Es ese juego de indemnizaciones y aumentos económicos el que determina la reparación final que haya de darse⁵⁸⁹. Pero en esa tarea de ordenar y armonizar el daño la ley ha ido sumando piezas de un interminable mecano para montar un artificio hecho a base de una regla de compatibilidades inciertas entre las distintas ópticas de observación, conforme a una naturaleza mixta y plural (indeterminada, al fin) según vimos en capítulos anteriores⁵⁹⁰.

Conforme a esta dinámica, es evidente que las distintas opciones políticas en la forma de reparar el daño han forzado una serie de particularidades en cuanto a su cobertura a lo largo del tiempo. Y es manifiesto que estudiando el curso legislativo cabe sostener que es la política social la que adapta el núcleo de la responsabilidad civil a la circunstancia del contrato de trabajo. Por eso tenemos una evolución que pasa de la responsabilidad por culpa a la limitación de la misma en aplicación de un criterio objetivo para llegar finalmente a lo que podemos llamar *desbordamiento*⁵⁹¹ de la figura que supone admitir el accidente en los trabajadores autónomos e incorporarlos en otras figuras donde no hay empresario (emigrantes, o tareas políticas en mesas electorales) al margen de su significado laxo en los *in itinere* que, como marca original, ya arranca desde la expresión a *consecuencia o por ocasión* que encontramos en la definición legal del concepto; aunque es incuestionable que existe un ámbito oscuro que queda al margen del accidente de trabajo y que se extiende a los daños no cubiertos por las prestaciones de Seguridad Social pero de los que debe responder ya el empresario ya terceros agentes.

1.1. Daño único.

Es importante partir de un hecho determinante: cuando el accidente acontece no solo se está afectando la parcela que alberga la estricta relación laboral sino que también se comprometen intereses de orden personal, familiar y social del trabajador. Por ello hablamos de reparación íntegra que agrupa la totalidad del daño causado en cuantas esferas de la vida puedan resultar afectadas. Pero dicho objetivo indemnizatorio es harto complejo, pues resulta tarea singularmente delicada poner el fiel de la balanza en el punto exacto de equilibrio: jugamos con expresiones abstractas, tales como

⁵⁸⁹ La finalidad preventivo-disuasoria de las indemnizaciones que introduce el nuevo artículo 183.2 LJS justifica para algunas voces la supresión del recargo de prestaciones. Así, GINÉS i FABRELLAS, A., *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*. La Ley, 2012.

⁵⁹⁰ En el capítulo II, 3.1 al tratar sobre el interminable debate nucleado en torno a la concurrencia de causas e indemnizaciones. Y en el IV, 2 al referirnos a la deuda de seguridad en el contrato individual de trabajo.

⁵⁹¹ Tal es la postura de Desdentando Bonete, A. en *El daño y su valoración en los accidentes de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración número 79 (2009).

límite racional o *compensación plena* que nos orientan en la labor de acertar en la justa reparación pero que en definitiva no dejan de constituir un reto, un pulso, al propósito bienintencionado de lo aleatorio.

Es claro que junto al daño corporal provocado por el accidente se encuentran los producidos en sus objetos personales, los ocasionados por el lucro cesante y los que cabe atribuir a una modificación en los hábitos de vida, todos ellos a menudo de difícil concreción. Por eso hablamos de indemnización civil complementaria, que junto a las prestaciones de Seguridad Social y el recargo determinan el marco de responsabilidad general. Atrás queda el llamado principio de inmunidad que evita exigir del empresario mayor carga que la tasada. Construido desde el pacto que supone atender el daño sin señalar culpables, la inmunidad nutre desde sus orígenes el recargo de las prestaciones. Y con ese carácter reparador llega hasta nuestros días. Objetivar la responsabilidad proporciona seguridad y no plantea conflicto en la determinación y alcance de las cuantías que hayan de indemnizarse. En los países de nuestro entorno así ha sido desde finales del siglo XIX. Y en el nuestro, la ley Dato perfila ese principio permitiendo las acciones judiciales pero sobre hechos distintos a los laborales y en caso de concurrencia de causa penal, al tiempo que deja bien claro el carácter no acumulable de las indemnizaciones que pudieran generarse en las distintas vías. Nos encontramos pues ante un cruce de intereses, intensidades y tiempos distintos, una amalgama compleja y elástica de ventajas e inconvenientes entre patronos y obreros que con el tiempo ha llegado hasta nuestros días: ahí está la reparación inmediata pero no íntegra, las vías abiertas en otros órdenes distintos del laboral y el estrecho marco del contrato de trabajo, que deja fuera toda intervención administrativa en tiempos de exaltación liberal. En ese ámbito civil, el incumplimiento de las obligaciones nacidas de esa ley son *sancionadas* con el incremento en una mitad de las indemnizaciones que al accidentado correspondían. Es esta consecuencia la misma que se impone cuando el accidente de trabajo ha tenido lugar por omisión de las medidas de seguridad y demás aparatos de precaución en la maquinaria que lo produce.

En el devenir del principio de inmunidad, la ley de 10 de enero de 1922 que sucede a la de 1900 lo mantiene sin alteraciones pero incorpora en el artículo 71 de su Reglamento la potestad sancionadora de la Administración para los supuestos de incumplimiento de la normativa impidiendo el seguro voluntario de lo que se entendía como *indemnización especial* y que ha llegado a nosotros como *recargo de prestaciones*. ¡Éste sí es un salto cualitativo en el objeto de nuestro estudio provocado como se ve por la irrupción del afán ordenancista y regulatorio del Estado! Y lo que antes era resarcitorio ahora es penalidad, convirtiendo una indemnización incrementada en una mitad en dos magnitudes distintas y separadas. Además, la posibilidad de reclamar por hechos distintos *en que mediar culpa o negligencia exigible civilmente*, incluso contra el empresario, debilita la inmunidad de éste abriendo su responsabilidad por otras vías que aunque coordinadas se muestran compatibles entre sí. Y ello porque en definitiva triunfa la idea de que junto

a una compensación mínima, prevista, tarifada y objetiva debe existir otra de derecho común que atienda el daño realmente sufrido⁵⁹².

En el enriquecedor ejercicio de la comparativa con otros sistemas necesariamente se reflejan nuestros anhelos por mejorar en base a los defectos y también nuestra voluntad de armonizar nuestros esfuerzos con los demás hasta confluir en el objetivo común de la seguridad y la salud laborales. En ese camino hemos abandonado el estrecho marco de la responsabilidad individual para sumirnos en soluciones de carácter colectivo determinadas por el desarrollo de la Seguridad Social que ha cursado de forma desigual en los distintos ámbitos geográficos y sistemas normativos. Y ello porque la dialéctica entre lo público y privado está siempre presente en el discurso ideológico de la sociedad y se vincula a consideraciones de rentabilidad y eficacia que como la experiencia enseña son magnitudes equívocas y cambiantes; y sobre todo porque el ideal de universalidad no se ha conseguido completamente en el marco del aseguramiento público haciendo que la solución civil se contemple con carácter supletorio y se imponga su mantenimiento al menos como remedio alternativo.

Éste es, pues, el esquema legal: además del régimen preventivo y sancionador, nos encontramos frente a distintos mecanismos de cobertura en el sistema de reparación. En razón a esta divergencia, los diferentes criterios en los distintos órdenes son tan acusados que se fuerza acudir a la vía complementaria, como se pone de manifiesto al contrastar el baremo indemnizatorio vigente del sistema de Seguridad Social con el que rigen en materia de tráfico⁵⁹³: sin duda aquel atiende prestaciones y por ello el conjunto de indemnizaciones hasta lograr el objetivo de la reparación íntegra es capítulo aparte que no tiene que confundirse con el régimen ordinario que cubre el sistema público. En suma, las prestaciones de Seguridad Social no podemos considerarlas como estricta indemnización sino elementos de ordenación de recursos que responden al objetivo de paliar carencias y sujetas a criterios de política social.

Abordar el objetivo de satisfacer, pues, la reparación del daño causado y proporcionar una solución al problema de la concurrencia y desequilibrio de indemnizaciones pasa por acudir a la ficción jurídica que supone estar en presencia de una sola magnitud, integral y única, aunque en su imposición intervengan distintas vías jurisdiccionales. Así se ha venido entendiendo por una determinada línea de jurisprudencia al sostener que las prestaciones de Seguridad Social son parte de una

⁵⁹² Tenemos expresado que el nuevo espacio que abre la ley de bases de 1963, con desarrollo en el texto articulado de 1966, llega a nuestros días con los textos refundidos de 1994 y el ahora vigente de 2015, confirmando la compatibilidad de vías e indemnizaciones en la responsabilidad empresarial por prestaciones nacidas del incumplimiento de sus obligaciones.

⁵⁹³ Recientemente la sentencia que dicta el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, de fecha 23 de mayo de 2016, en el recurso de suplicación 1998/2016, analiza y resume los vigentes criterios en esta materia.

indemnización global por lo que deben ser descontadas del total indemnizatorio que se fije⁵⁹⁴.

Esta salida inevitablemente conecta con el concurso de responsabilidades y la multitud de matices y tiempos que el recargo plantea en los innumerables procedimientos que pueden abrirse en su reclamación y tratamiento por las distintas instancias (cuestión ésta que directamente enlaza con su versatilidad y compleja naturaleza), y que suelen a menudo arrojar soluciones inevitablemente insatisfactorias. A este respecto, ya tuvimos ocasión de recordar⁵⁹⁵ que no estaría de más ordenar este abstracto panorama y fijar nítidamente la frontera entre la compensación y la multa de tal manera que, valoradas conjuntamente cuantas circunstancias han originado la infracción, esto es, considerando las resultas del accidente y el daño efectivo, se llegue a fijar una sola indemnización para seguidamente -y ya en el estricto campo de la represión- ordenar a su vez el juego de los resarcimientos punitivos diferenciando lo que en este complejo campo debe percibir, de un lado, el accidentado directamente del infractor y, de otro, la Administración Pública por multa administrativa derivada de la aplicación del *ius puniendi*⁵⁹⁶.

Con independencia del alcance y extensión que deba darse al daño, cabe plantearse si se debe acudir a un modelo de socialización de la responsabilidad o solo de su cobertura⁵⁹⁷. Es cierto que en nuestra ley se contempla la responsabilidad del empresario y que el tratamiento del accidente está impregnado de una serie de particularidades que la aproximan al contrato de seguro; pero de ello no se puede extraer que responda a un sistema mixto entre lo público y lo privado porque el accidente en toda su extensión es materia de Seguridad Social, siendo que su alcance y esencia de carácter público resultan innegables. Y en cuanto al papel preventivo que su mantenimiento procura, es manifiesto su fracaso: los accidentes no han disminuido con esa fórmula coactiva; antes al contrario, evita la inscripción de

⁵⁹⁴ La STS de 9 de febrero de 2006 (recurso número 4100/2004) entiende a este respecto que *el derecho ha de ser interpretado con una visión global, con un todo armónico sin limitarlo o encuadrarlo en las distintas ramas jurídicas en que se diferencia sin perjuicio de respetar sus presupuestos y la razón de ser de cada una de ellas, pero teniendo presentes las soluciones que ofrecieran las restantes, ya que esas distintas ramas y las distintas órdenes jurisdiccionales no pueden ser concebidas como comportamientos estancos independientes entre sí, pues a través de todas ellas se hace realidad la tutela efectiva.*

⁵⁹⁵ *Ut supra*, Capítulo II, 3, 1 *Infracción única y diversidad de efectos.*

⁵⁹⁶ Para ampliar esta propuesta ver MERCADER UGUINA, J. R., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La Ley, 2001, página 150 y ss.

⁵⁹⁷ Vid. LAHERA FORTEZA, J., *Compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y prestaciones sociales en los accidentes de trabajo: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad empresarial?* (Comentario a la STS, Sala 4ª, 22 de septiembre de 2008), Relaciones Laborales nº 7, 2009.

nuevos empresarios por los riesgos de asumir los costes del accidente, retrayendo el empleo.

Ya sabemos que su camaleónica naturaleza se muestra incapaz de dar respuesta eficaz y conjunta a sus tres papeles protagonistas: preventivo, reparador y sancionador. En todos estos propósitos el recargo se muestra insuficiente e incómodo, por no hablar de las dificultades para coordinar jurisdicciones y resultados en una solución armónica e integral. En fin, aunque la denuncia de su precariedad es manifiesta, no existen todavía posturas críticas que mayoritariamente y con rigor clamen sobre su supresión o racional reforma⁵⁹⁸.

1.2. Articulación de indemnizaciones.

Venimos manteniendo que en el origen de este cúmulo de pretensiones y órdenes se encuentra un afán legítimo de reparación *in integrum*, hecho que nos obliga a distinguir entre la concurrencia e incompatibilidad de un lado, y de otro, la duplicidad que puede conllevar por el ejercicio simultáneo de las distintas acciones indemnizatorias⁵⁹⁹. Conforme a esta premisa, reiteramos que la articulación entre indemnizaciones, laboral y civil, ha venido fluctuando bien entre la interpretación de los tribunales sobre la base de la independencia o la separación radical que se hace de las mismas, bien integrándolas para su descuento en la consideración final de la íntegra reparación del daño y el objetivo de no enriquecer al accidentado. Así, se ha querido entender en alguna línea de jurisprudencia que con el recargo se agota la posibilidad de toda indemnización contractual, dejando solo abierta la vía de la responsabilidad *aquiliana*⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Una corriente a favor de la supresión del recargo argumenta el hecho de haberse superado la doctrina de impunidad del empresario, lo que implica asociarlo a la responsabilidad civil del mismo como mero complemento y destacando como efecto importante su falta de vinculación a resolución administrativa previa con lo que se obtienen solo dos vías de reparación: *las prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización civil adicional hasta lograr por estas vías la reparación total del daño, sin los enojosos problemas de coordinación y prejudicialidad que se producen en la actualidad. Si la supresión del recargo debilita la función punitiva, esa supresión debería compensarse con un reforzamiento de las sanciones administrativas y penales.* DESDENTANDO BONETE, A. en *El daño y su valoración en los accidentes de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración número 79 (2009).

⁵⁹⁹ La valoración del daño en el orden social se practica comúnmente mediante la aplicación del baremo previsto para los accidentes de tráfico. Su uso es facultativo y cabe su alteración o mejora en función de la cualidad o naturaleza de los daños particularizados. El descuento de lo percibido por prestaciones de Seguridad Social está bien reflejado en el supuesto que trata la STS 9-2-2005 (RJ 2005/6358), que llega a entender un caso de sobreprotección absolviendo a la empresa porque el importe de aquéllas supera lo que se entiende como *responsabilidad civil total*.

⁶⁰⁰ Y ello condicionado a que no se haya obtenido un total resarcimiento con la primera y a que exista relación de causalidad entre el actuar negligente del empresario y el resultado dañoso (STSJ Cataluña 23 enero 1998, AS 777), en MERCADER UGUINA, J. R., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La Ley 2001, página 150 y ss.

También hemos tenido oportunidad de referirnos a la sinergia que representa, en este contexto amplio de la reparación íntegra del daño, la contribución no solo del sistema público de Seguridad Social sino del resto de medios resarcitorios comunes, cuando acontece de forma coordinada y complementaria. Y al hilo de este planteamiento llegamos a la conclusión de que el ilícito extracontractual solo constituye un añadido en la idea de *completo resarcimiento*, pudiendo entenderse que el exceso posee carácter punitivo, por cuanto si la suma excede del daño, el recargo llega a convertirse en sanción aunque tenga su origen en una indemnización civil *porque actúa sobre un daño que jurídicamente está completamente indemnizado*, conforme a una regla universal según la cual todas las fórmulas reparadoras *son útiles para atender a la reparación del daño*⁶⁰¹. En esa tarea, además de proporcionalidad o equilibrio en la determinación final de la indemnización, debemos atender las distintas vías que se ofrecen para obtenerla, conscientes de que la compatibilidad de las mismas no equivale a su duplicidad que termine por arrojar una solución distorsionada⁶⁰². Por ello es importante partir de que, en efecto, solo hay un daño que reparar; complejo por la incidencia múltiple que hemos antes designado pero que, al descomponerse en diversos aspectos, admite riqueza de ópticas que deben inevitablemente sumarse para dar con una solución final, definitiva y satisfactoria. Es cierto que hemos de pasar de un planteamiento abstracto a otro concreto y tangible; por ello, cada uno de los daños alegados debe acreditarse y sujetarse también a un límite cuantitativo que sea único y en consideración a los distintos aspectos en juego. Las distintas vías de reclamación y la compatibilidad que se establece entre indemnizaciones pudieran aparentar a primera vista una solución favorable a los intereses del trabajador, pero en realidad se nos antoja un laberinto repleto de trampas que alarga innecesariamente la resolución del conflicto y encarece sin límite los costes de procedimiento en perjuicio claro del accidentado y sus beneficiarios⁶⁰³.

⁶⁰¹ La sentencia del Alto Tribunal de 10 diciembre 1998 (RJ 1998/10501) así lo determina, añadiendo que cuantos mecanismos de indemnización puedan activarse en el logro de satisfacer una única pretensión resarcitoria resultan todos ellos formas de resolver la misma y deben ser valorados en conjunto.

⁶⁰² De la jurisprudencia social es dable deducir análogos principios tendentes a evitar duplicidades indemnizatorias. En esta línea cabría invocar, entre otras y, fundamentalmente, la STS (4ª) de 10-12-1998 (RJ 1998/10501), Sala General, en la que aborda la cuestión de los límites del derecho a la restitución y la posibilidad de ejercicio de distintos tipos de acciones para alcanzar el resarcimiento de un daño, según las circunstancias de hecho que pueden servir de apoyo a esa pretensión de indemnización, afirmándose que, *ante la pluralidad de vías procesales para obtener la reparación de tal tipo de daños, son criterios esenciales a respetar que a) existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse; y b) debe existir también, en principio un límite en la reparación del daño, conforme a las previsiones del Código Civil, aplicables a todo el ordenamiento.../... y por ello las cantidades ya recibidas han de computarse para fijar el “quantum” total, se inclina por esta segunda, argumentado que el «quantum» indemnizatorio ha de ser único.*

⁶⁰³ Concluye la citada corriente doctrinal que *no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la*

Por mucho que se quiera teorizar sobre la independencia y autonomía de los tribunales y vías procedimentales, la declarada compatibilidad de resarcimientos se muestra como una rémora en la reparación íntegra, máxime cuando la jurisprudencia termina por concluir que *para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado*⁶⁰⁴.

No podemos omitir que existen problemas de interpretación en cuanto al alcance que deba darse al régimen de compatibilidad entre las indemnizaciones y sobre todo al espinoso aspecto de la competencia judicial que ya tuvimos ocasión de tratar en los dos últimos apartados del capítulo II, cuando sosteníamos que la causa radica en la duda que se plantea a la hora de armonizar las responsabilidades en juego dando por hecho que la del empresario es objetiva y tiene base contractual; así las cosas, el problema se centra en el modo de unificar todo ese magma indemnizatorio que puede desplegarse en cuanto hay otros agentes en la producción del daño y son diversas las indemnizaciones en juego⁶⁰⁵. Resulta indiscutible su declarada compatibilidad con las

única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio. STS (Sala 4ª) 2 octubre 2000 (RJ 2000/9673).

⁶⁰⁴ Sobre la problemática de los límites del derecho a la restitución la jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de febrero de 1999 (recurso 2085/1998), con apoyo en la doctrina precedente, declara que *a) A falta de norma legal expresa en materia laboral la indemnización, en principio, alcanzará sin limitación los daños y perjuicios que como derivados del accidente de trabajo se acrediten, aunque para facilitar la prueba o para formar el criterio judicial valorativo los órganos judiciales puedan acudir analógicamente, como posibilita el art. 4.1 del Código Civil, a otras normas del ordenamiento jurídico que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios. b) Como manifestación del principio general de nuestro ordenamiento jurídico, deducible, entre otros, de los arts. 1101 y 1902 del Código Civil, que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo, cabe afirmar que en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social. c) Del referido principio se deduce la exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación y, «a sensu contrario», que la reparación –dejando aparte supuestos o aspectos excepcionales, de matiz más próximo al sancionatorio, como puede acontecer respecto al recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad «ex» art. 123 LGSS–, no debe exceder del daño o perjuicio sufrido o, dicho de otro modo, que los dañados o perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena. d) «Aunque la jurisprudencia civil reitera... que “la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada de la relación de trabajo, tratándose de dualidad de pretensiones, no incompatibles entre sí podemos entender que tal compatibilidad no implica duplicidad en el derecho al percibo de indemnizaciones reparadoras por el mismo aspecto o ámbito del daño o perjuicio sufrido de estar con una de ellas completamente reparados o compensados tales daños o perjuicios».*

⁶⁰⁵ DESDENTADO BONETE, A., *Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo*, Relaciones laborales nº 14, 2008.

de naturaleza criminal y civil, pero cabe preguntarse si ese ramillete de compensaciones reparadoras excluye las que puedan establecerse por otras vías y si la autonomía que su independencia les otorga puede operar al margen de éstas. Por ello se ha querido ver en el artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social la superación del principio de inmunidad; porque en dicho precepto se consagra la compatibilidad entre las indemnizaciones derivadas tanto del accidente de trabajo como de las acciones civiles y penales nacidas de los mismos hechos. Con base a esta cualidad se duda si pueden ser aplicadas con independencia, porque la norma *no aporta ningún criterio o principio que oriente una solución*⁶⁰⁶. A nuestro juicio, sí existe un fundamento literal claro y seguro: la expresión *sin perjuicio* denota absoluta independencia, que es reiterada y manifiesta en el caso del recargo objeto de nuestro estudio conforme a la literalidad misma del apartado tercero del precepto legal que lo regula.

Por otra parte, nos parece una aberración jurídica, consentida en el tiempo, la compatibilidad de indemnizaciones y mantener la pluralidad de vías. De ser congruentes, si el daño es uno, uno debería ser el procedimiento y no autorizar remedios instrumentales que terminan por complicar una solución final justa y unitaria; y lo más grave, con el efecto añadido de levantar la desconfianza y el recelo en contra del trabajador combativo que lleva su reclamación a los distintos frentes que se le ofrecen. De ahí que exista una línea intencional de jurisprudencia que limita el *quantum* indemnizatorio en consideración a lo que ya se hubiese percibido como prestaciones de Seguridad Social, confundiendo alarmantemente resarcimiento de perjuicio con cobertura social. Porque es claro que representan dos aspectos distintos por origen y finalidad: lo primero, porque aquél requiere la presencia de culpa en su producción y su ámbito es el contrato de trabajo en contra de la prestación social que no participa de ninguno de estos presupuestos; y lo segundo, porque la indemnización repara un daño concreto sujeto a unas coordenadas inmediatas que ya han sucedido en un planteamiento muy distinto al propósito de la prestación económica de Seguridad Social que garantiza una situación de cobertura para el futuro, ya sea para sustituir rentas de trabajo por incapacidad temporal o permanente para su ejercicio en el tiempo, además de otorgar amparo a sus beneficiarios en los supuestos de orfandad o viudedad⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones* en VV.AA. *Cien años de Seguridad Social*. Fraternidad Muprespa 2000.

⁶⁰⁷ STS (Civil) de 3 diciembre de 2008 (RJ 2008/6945) (.../...) *pues una prestación de índole laboral no repara el daño sufrido por el recurrente que se concreta en el sufrimiento derivado de las dolencias, la angustia derivada del seguimiento de un tratamiento médico, quirúrgico y farmacológico, el daño moral provocado por la imposibilidad de llevar una vida personal, social y familiar normal, la imposibilidad de volver a trabajar y con ello de mejorar la situación económica.*

No podemos ignorar que en este punto interviene de forma eficaz el principio de tutela efectiva: sin duda la reparación debe ser entendida como un todo armónico considerando los aspectos de hecho que intervienen en la producción del daño y respetando los distintos órdenes jurisdiccionales en juego⁶⁰⁸. Pero de sobra sabemos que esa declaración de compatibilidad, aunque esconda un propósito de reparación integral, necesariamente va a producir colisiones entre tribunales de distinta clase y orden. Y no solo en los aspectos puramente procedimentales o de naturaleza adjetiva, sino en los de relevancia fáctica y, lo que es más importante, en la distinta valoración que de los mismos hechos pueda hacer un órgano judicial u otro, con resultados diametralmente opuestos⁶⁰⁹. La sentencia del Tribunal Supremo (1ª) de 27 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9143) restableció la integridad de la reparación sumando la indemnización por responsabilidad civil a la que le había sido reconocida previamente por accidente de trabajo⁶¹⁰. Con toda seguridad a este confusionismo ha contribuido la disputa de competencia entre los distintos órdenes jurisdiccionales.

2.- LÍMITES CUANTITATIVOS DEL RECARGO.

Los dañados o perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena⁶¹¹. Éste

⁶⁰⁸ La STSJ Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 2013 contiene un voto particular que apunta en esta dirección con estas palabras: *Conviene insistir en que el pronunciamiento relativo al recargo de prestaciones, no puede alterar la tipicidad de la infracción, sosteniendo por ejemplo que la misma debe calificarse como una infracción distinta, o que han quedado conductas sin sancionar, invocando al respecto una pretendida diferencia de perspectiva o enjuiciamiento, que por lo ya dicho es imposible desde el punto de vista lógico. Con ello se estarían rompiendo estrepitosamente con los tradicionales principios que rigen en el derecho sancionador, originando además, si la alteración sirviera para sustentar indebidamente la existencia de una infracción, una palmaria indefensión al sujeto eventualmente infractor, que ve como finalmente, con sus posibilidades de alegación y prueba cercenadas cuando no extirpadas, experimenta las consecuencias de una pretendida sanción cuya existencia no se declaró en la sede correspondiente.*

⁶⁰⁹ Es decir, el conflicto está servido. Y ello sin considerar la *vis atractiva* del orden civil, los excesos de competencia que puedan plantearse y los aspectos de *prejudicialidad* que en mayor o menor grado la coyuntura temporal y el distinto grado de desarrollo de cada uno de los procedimientos vayan mostrando en ese incierto tránsito. Con estas palabras terminábamos esta reflexión *ut supra*, en el capítulo I, 3.6. *Responsabilidad independiente y compatible*.

⁶¹⁰ Desdentado y de la Puebla se refieren a esta situación como la *perfecta compatibilidad que implica la acumulación de indemnizaciones por un mismo daño y, como se verá, por una misma persona* (op .cit. p. 645). Por el contrario, la Sala de lo Social toma en cuenta las sumas económicas ya percibidas por el trabajador y entre ellas en particular las prestaciones y recargos que le hayan sido reconocidos. Así las STS de 2 febrero (RJ 3250), 10 diciembre (RJ 10501) y 18 diciembre de 1998 (RJ 9642) y 18 mayo 1999 (RJ 4112) determinan que la compatibilidad se entiende no ya en términos de independencia o acumulación, sino en clave de coordinación y complementariedad: *hay solo una reparación completa del daño hasta el límite de éste a través de distintas fórmulas de cobertura (la indemnización por responsabilidad civil, las prestaciones de Seguridad Social y el recargo de éstas) de forma que del importe que debería tener la primera se deduce lo abonado por las otras.*

⁶¹¹ Tenemos expresado en el capítulo II, 2. 2 (*El objetivo de la reparación y sus desviaciones*) que la llamada *sobreprotección* del recargo no es sino un recurso hiperbólico que nace al calor de la fricción

es el recelo al que nos hemos referido: se fija por ley la compatibilidad de indemnizaciones en los distintos órdenes y se entiende como elemento esencial de la reparación íntegra que solo hay un solo daño que como tal debe ser resarcido. Entonces, ¿por qué mantener la contradicción? Nadie pone en duda que la reparación debe tener un límite, que no puede ser excesiva ni tampoco quedarse corta. Pero debemos centrar la cuestión que estamos sometiendo a estudio y diferenciar desde la raíz que una cosa es el concurso de indemnizaciones a que pueda dar lugar el accidente (o la contingencia profesional en términos amplios) desde las distintas ópticas del Derecho, y otra muy distinta el papel que el recargo de la prestación de Seguridad Social (esto es, la prolongación de la cobertura social) juega en ese contexto resarcitorio. Porque evidentemente son planos absoluta y radicalmente distintos. Y lo son porque a la reparación descompuesta y clásica (que a todo daño acompaña en forma de *indemnización de daños y perjuicios*) cabe sumar, en el proceso evolutivo del Ordenamiento jurídico, nuestro recargo de prestaciones que se alza como un plus, una mejora, en la cobertura de la protección social, pero que tiene un fundamento, un tratamiento y una finalidad radicalmente distintos de aquellas otras indemnizaciones con las que convive y armoniza siguiendo caminos distintos.

Por eso no entendemos que la doctrina confunda planos e incorpore la cuantía del recargo al magma de la reparación, para deducir su importe de un todo global que considera, entendemos que indebidamente, de forma unitaria. Sin duda, resulta de sentido común que la reparación no debe exceder del daño o perjuicio sufrido, lo que *a sensu contrario* implica que los dañados o perjudicados no deban enriquecerse injustamente *percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena*. De ahí que la jurisprudencia distinga entre los conceptos de indemnización y recargo, al igual que el artículo 42.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁶¹², aunque no siempre quede a la vista y se haga patente por los tribunales⁶¹³.

entre sus naturalezas puestas en competencia y rivalidad. No tiene prelación un orden sobre otro ni una clase de reparación sobre otra. El único problema reside en el carácter poliédrico de la figura y en la confusión que una desafortunada redacción legal produce: el apartado 3 del artículo 123 LGSS es un vivero de problemas sustantivos y procesales porque la independencia y compatibilidad de responsabilidades *de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción*, es de por sí un exceso semántico y una invitación a una interminable carrera de obstáculos que lejos de satisfacer a la víctima la sume en un mar de complejidades y zozobras con vistas a un horizonte de adversidades, litisconsorcios y dilaciones.

⁶¹² Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.

⁶¹³ La STS (Sala 4ª) 2 octubre 2000 (RJ 2000/9673) cita el antecedente que *mostraba genéricamente la preferencia por el criterio contrario, afirmándose que para determinar el importe indemnizatorio a cargo de la empresa infractora dentro de las evidentes dificultades de fijar una cuantía en concepto de indemnización por muerte, ha de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado*

También la doctrina de la Sala Primera del Alto Tribunal es favorable a la íntegra restitución sin enriquecimiento injusto⁶¹⁴, argumentando *que no debe confundirse la compatibilidad entre las acciones laborales y las civiles derivadas de un accidente de trabajo con el contenido del daño resarcido ni la cuantificación del mismo*, pero procediendo a confundir las indemnizaciones en concurso y tratando el recargo como si de una más se tratara con el efecto reduccionista resultante de aplicar la falsa dialéctica entre la justicia de la reparación debida y el exceso proscrito que representa el temido enriquecimiento del accidentado o sus beneficiarios⁶¹⁵. En su momento expresamos que sin duda, las situaciones de *sobre-indemnización* constituyen *el resultado de una disfuncionalidad del sistema y no una consecuencia querida y pretendida por el ordenamiento*, añadiendo que a veces esto último ocurre de forma deliberada porque la ley así lo ha previsto en casos con beneficio superior al daño causado⁶¹⁶.

Según también hemos indicado, las fronteras entre cada una de las responsabilidades en concurso a veces han sido puestas expresamente por la propia ley como sucede en la manifiesta incompatibilidad que entre las sanciones penal y administrativa declara el artículo 3 de la LISOS *en los casos en que se aprecie identidad de sujetos, de hecho y de fundamento*. Pero a renglón seguido debe sostenerse con la misma rotundidad que en ningún lugar se ha declarado la exclusión del recargo en ese régimen de convivencia. Todo lo contrario, el recargo es prestación en el ámbito de la Ley General de la Seguridad Social pero no constituye sanción en el marco de la normativa sancionadora presidida por la LISOS; es decir, el recargo no puede tener

de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas (conceptos de pensión, recargo, mejoras voluntarias pactadas) y criterios que pueden servir de referencia.

⁶¹⁴ Sobre este particular la STS (Civil) de 3 diciembre 2008 (RJ 2008/6945) establece que *la acción indemnizatoria civil alcanzará hasta donde el daño no haya sido debidamente resarcido por el obligado, y desde esta perspectiva y porque es de toda evidencia que el recargo por prestaciones se integra en el patrimonio del trabajador perjudicado y trae causa última del siniestro por él sufrido, nada se opone a su computación a los efectos de la computación del daño resarcible. Al fin, ya se sabe, el deber de reparación del daño causado a otro viene regido por dos principios básicos, el de la integridad en la reparación y el de la interdicción del enriquecimiento injusto que proscribire que el perjudicado se beneficie indebidamente y reciba más de lo que por el daño sufrido tiene derecho a percibir.*

⁶¹⁵ La sentencia del TS (Civil) de 15 enero de 2008 (RJ 2008/1394) fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social. *Efectivamente, nos encontramos ante una demanda de responsabilidad basada en la culpa del empresario, interpuesta de acuerdo con el artículo 1902 CC. Por ello, los criterios para la cuantificación del daño deben ser civiles, y esta Sala ha venido entendiendo que pueden ser utilizados los establecidos en los denominados "baremos" por vía de orientación (STS de 11 noviembre 2005), porque como afirma la sentencia de 13 junio 2006, "el único principio que ha de tener en cuenta el juzgador es el de la indemnidad de la víctima[...]" y ello sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta las cantidades que se hayan hecho efectivas al perjudicado (SSTS de 8 octubre 2001 y 31 diciembre 2003).*

⁶¹⁶ Ver *ut supra*, Capítulo II, 2 *Los defectos de su aplicación*, con cita de Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*. Civitas, Madrid 1999.

consideración de infracción administrativa del orden social porque está desprovisto de tipificación sancionada ni en esa ley especial ni en ninguna otra. Este sustancial aspecto lo deja muy claro la redacción del vigente texto de la Ley Prevención de Riesgos Laborales, al hacer compatibles (en el apartado 3 de su artículo 42) las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con las indemnizaciones que procedan, primero, de los daños y perjuicios causados, y, después, del recargo de prestaciones económicas⁶¹⁷.

2.1. Regla general de compatibilidad e independencia.

El tratamiento unitario de la reparación quiebra en la vigente Ley General de Seguridad Social, que resumidamente contempla distintas fórmulas de reparación: el recargo propiamente dicho, como extensión de la prestación de Seguridad Social, la indemnización adicional por responsabilidad civil o criminal, y finalmente el ámbito administrativo sancionador en que se mueve la infracción que origina la contingencia. Estas tres líneas originan otras tantas vías de indemnización, acumulándose los distintos planos de responsabilidad en concurso: la objetiva que cubre la prestación común, la específica que se extiende más allá de ésta, configurando el recargo en cuantía variable según la gravedad de la infracción, que no de la culpa del empresario; y una tercera adicional -o de cierre- que tendría por objetivo culminar el ideal de la reparación *y que debería en teoría cubrir la diferencia entre el daño reparado por las prestaciones de la Seguridad Social y el daño total producido por el accidente*⁶¹⁸.

La compatibilidad entre indemnizaciones y prestaciones de la Seguridad Social es regla que impide la deducción o compensación del recargo impuesto al empresario infractor como la última jurisprudencia viene señalando⁶¹⁹. Este criterio encuentra

⁶¹⁷ Así quedó expresado *ut supra*, Capítulo II, 3. 2, cuando manteníamos que la compatibilidad de las sanciones administrativas previstas en el artículo 49 de esta ley con la responsabilidad civil y penal está fuera de toda discusión conforme textualmente dispone el apartado 1 del artículo 42. En el hecho de extenderse igualmente en el párrafo 3 al recargo de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social se ha querido destacar por la doctrina el rigor sancionador del precepto que cohonesta con la naturaleza, que también se atribuye al 123 LGSS (actual 164), de constituir un *precepto sancionador atípico* que relaciona directamente el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene con la normativa reparadora de la Seguridad Social. En este sentido se expresa FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid 1996, p. 205.

⁶¹⁸ En esta línea doctrina se mueve DEL REY GUANTER, S., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de experiencia comparada*. La Ley 2008 (págs. 52 y 53), como tuvimos ocasión de exponer *ut supra*, en el capítulo IV, 2.1 *Criterio restrictivo de responsabilidad empresarial*.

⁶¹⁹ La sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 3 diciembre de 2008 (RJ 2008/6945) recoge que *en un principio, la doctrina entendía que ambos pagos son compatibles y no excluyentes, y que el pago del recargo en concepto de capital coste de renta podía ser acumulable al pago de la indemnización*

fundamento en la naturaleza sancionadora del capital coste de renta, impuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social, cuando se constata que las instalaciones de la empresa donde se ha producido un accidente han infringido las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. En un denodado esfuerzo se hacía armonizar su rostro más camaleónico: se trata sin duda de una multa, pero lejos de ingresarse en las arcas públicas *su importe se repercute en beneficio del trabajador, como perjudicado directo por la omisión por la empresa de las medidas de seguridad laboral. El importe de dicho capital se entrega como pensión periódica al trabajador incapacitado por el accidente.* Tan artificial dicotomía, difícil de sostener en el tiempo, contiene la virtualidad de dar paso súbita y aleatoriamente al criterio contrario, que también encuentra fundamento en la mera voluntad del oportuno exégeta que al anterior sucede. Y así llegamos al polo opuesto:

Sin embargo, la doctrina más reciente considera que debe tenerse en cuenta la indemnización por daños y perjuicios derivada de responsabilidad extracontractual y las demás prestaciones de la Seguridad Social concedidas al trabajador accidentado, para fijar la indemnización total de la que éste es beneficiario.

Como premisa de la cuestión que tratamos hemos de significar que el acaecimiento del accidente de trabajo puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidades, y que junto a las derivadas de Seguridad Social (que incluyen los recargos por falta de medidas de seguridad)⁶²⁰ encontramos tanto la responsabilidad contractual o extracontractual de los sujetos a quienes, según los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, se pueda imputar tanto la producción del evento dañoso como las responsabilidades penales derivadas del mismo suceso.

Ya hemos expresado que la compatibilidad es el criterio legal indiscutido, pero con referencia a la responsabilidad. A esa cualidad se suma en la norma la de ser independiente. Pero -como la jurisprudencia distingue- una cosa es la regla de la compatibilidad y otra muy distinta que las distintas acciones que puedan ejercitarse para el resarcimiento de los daños y perjuicios sean independientes entre sí. En un plano de responsabilidad abstracta, basada en la existencia de un ilícito laboral, el empresario está obligado a reparar e indemnizar al trabajador a su servicio por los daños y lesiones sufridas como consecuencia de un accidente laboral sin que se

por lesiones. Por ello, siendo independientes ambas indemnizaciones, por su origen y naturaleza, se consideraba que no podía ser compensado el importe de una con el de la otra. Se entendía que el abono de dicho recargo o capital concepto de renta, no se hacía a cuenta del importe que, en definitiva, resultara en concepto de indemnización por lesiones, por lo que la cuantía de aquel no podía reducir, en la parte concurrente, la indemnización por lesiones fijada en base a culpa extracontractual.

⁶²⁰ El artículo objeto de nuestro estudio, 123 LGSS, coincide en su letra con la redacción del 164 del nuevo texto refundido cuando en su apartado tercero establece que *la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.*

distinga entre responsabilidad contractual y extracontractual. Sin duda, en este supuesto, el resarcimiento se contempla en su integridad, como un conjunto, incluyéndose dentro del mismo cualquiera de las indemnizaciones que puedan haber sido abonadas al trabajador⁶²¹. Pero tan radical y elemental premisa no puede justificar que incluyamos dentro de la indemnización (que como acreedor corresponde al trabajador) cuantas prestaciones sean derivadas del accidente de trabajo, porque tal postura manifiestamente supone confundir planos, además de vulnerar literalmente lo expresado en la norma, so pretexto de considerar la prevalencia del conjunto unitario indemnizatorio tratándolo en suma como un *totum revolutum*⁶²².

A mayor abundamiento, se ha entendido que las pensiones vitalicias que se incrementan en el supuesto de omisión de las medidas de seguridad por efecto del recargo de prestaciones pueden aumentarse en casos de otorgamiento de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social conforme al artículo 39 de su Ley General (actual 43), por cuanto es éste un mecanismo que trata de indemnizar el suceso acaecido y sus consecuencias, tomando por fundamento el objetivo de reparación más conveniente. Y ello en base a la naturaleza compatible e independiente de las acciones sociales o civiles que libremente pueden ejercitarse, en función de que la reparación se entienda colmatada en una u otra vía, o en ambas simultánea o sucesivamente:

*Evidentemente, en un sistema unitario del Derecho, esta última posición ha de ser destacada, pues en el sistema indemnizatorio por la lesión a un bien jurídicamente protegible, lo que se trata de obtener es la reparación, en lo posible, del daño, no que -en frase vulgar- el lesionado se haga rico con la misma*⁶²³.

⁶²¹ Para satisfacer esta pretensión, algunos autores plantean como solución la de volver a los orígenes de la ley de 1900 para superar los problemas que la figura ha ido generando en su tortuoso devenir por cuanto el recargo como reparación singular estaba configurado como *plus de responsabilidad empresarial* que atendía no el daño causado sino la mayor o menor infracción que se cometía; además, al tratarse de indemnización especial cabría su aseguramiento. Así lo sostiene CARRERO DOMÍNGUEZ, C., *Compatibilidad de responsabilidades y recargo de prestaciones*. Temas Laborales número 63, 2002.

⁶²² Tal ha sido la postura mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias dictadas con fechas 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10501) y 17 de febrero de 1999 (RJ 1999/2598) *que integra dentro de la indemnización final las prestaciones derivadas del accidente de trabajo que se sufraguen íntegramente a través de primas que van a cargo exclusivamente del empresario, e incrementadas, si hubiera lugar, con el recargo establecido en cada caso, así como lo percibido como mejora voluntaria de prestación por la vía de la negociación colectiva o del contrato individual de trabajo y lo abonado voluntariamente por el empresario; y por las demás indemnizaciones que puedan resultar de otros conceptos, considerado todo ello como un conjunto unitario*.

⁶²³ STSJ Extremadura 14 octubre 1996 (AS 1996/3035): (.../...) *Y en la problemática suscitada solo cabe adoptar una de las tres siguientes conclusiones: a) La responsabilidad civil -al menos la responsabilidad contractual del artículo 1104 del Código Civil- se halla concretada y garantizada en los preceptos de Derecho Social antes aludidos; b) La posible indemnización por el resultado dañoso no queda suficientemente garantizada por las normas laborales, por lo que el productor podrá*

La Sala de lo Social también ha tenido la oportunidad de declarar que dicho recargo es independiente del conjunto de indemnizaciones que puedan fijarse a favor del accidentado, *consistiendo en una institución específica y singular de nuestra normativa de Seguridad Social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas*, destacando⁶²⁴, como ya vimos al analizar su concepto y definición legales⁶²⁵, que no es posible confundir ni integrar la indemnización de daños y perjuicios inicialmente fijada con el importe del posible recargo, toda vez de llegarse a este resultado no se cumple la previsión legal establecida en el texto refundido de Seguridad Social.

La diferenciación de planos es importante para analizar la naturaleza del recargo y de los elementos que lo componen, porque sin duda en la base encontramos la infracción del empresario y su gravedad; pero no cabe confundir dicho sustrato con sus consecuencias indemnizables que terminan por traducirse en un aumento de la prestación y en el resto de efectos derivados. Ya hemos tenido ocasión de lamentar la dificultad para ordenar esa separación de compuestos que sin duda tiñe de complejidad la figura y se ve agudizada por el infortunio del legislador en la redacción del texto legal⁶²⁶ que con seguridad viene a complicar la valoración del daño como entidad única. Pero en ese propósito no debemos hurtar la realidad gramatical del diccionario; la norma habla de *compatibilidad* de responsabilidades y de indemnizaciones, utiliza la expresión *sin perjuicio* y sobre todo proclama, en efecto, la tesis de la *acumulación* cuando –además de expresarse en un castellano literal y transparente– pone contenido y cuantía al dibujo de la obligación: es toda la prestación la que *debe ser hecha efectiva* (artículo 127.3 LGSS, actual 168.3) sin perjuicio de las demás responsabilidades; y no se hace declaración y diseño de un aumento en la prestación cuando se incumple el deber de seguridad del empresario sino que se le condena expresamente a su efectivo *pago* (artículo 123.2 del mismo texto refundido, actual 164.2).

Por otro lado y como complemento de esta última idea, se ha querido ver en la objetivación de la responsabilidad empresarial la limitación de las indemnizaciones,

solicitar ese plus de más entre las prestaciones otorgadas por el sistema público de la Seguridad Social y aquellos que estime pertinentes se le ha causado; y c) Ambas indemnizaciones, las ejercitadas (llamémoslas, aunque impropriamente) por la vía social y por la vía civil, son enteramente independientes, por lo que solicitadas y obtenidas unas no hay razón para no poder solicitar y obtener otras.

⁶²⁴ La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/9673) basa dicha exclusión en la propia finalidad de la figura, por cuanto en caso contrario perdería toda su virtualidad si se procediera a la deducción de las diferentes cuantías por indemnización que a favor del trabajador pueden fijarse.

⁶²⁵ *Supra*, Capítulo I, 3.6 *Responsabilidad independiente y compatible*, al tratar sobre los rasgos básicos del recargo.

⁶²⁶ Así lo manifestábamos en el Capítulo II, 3.1 *Infracción única y diversidad de efectos*.

al entender que las prestaciones de la Seguridad Social constituyen una mera cobertura tasada de los daños causados por el accidente de forma que resultan incapaces de garantizar la reparación íntegra. Pero ello no debe conducir al criterio de la complementariedad cuando se interpreta el primero de los mencionados artículos, configurándolo como un simple remedio paliativo del sistema de protección social. Por ello, la llamada indebidamente *doble indemnización* no es resultado anómalo de las posibilidades que ofrece el ordenamiento para obtener una completa reparación. Todo lo contrario, es la fórmula forzada que se emplea para privar al trabajador de lo que legalmente le ha sido atribuido sin límite cuantitativo alguno en virtud de los criterios indiscutibles de la compatibilidad y la independencia de indemnizaciones⁶²⁷; aspectos éstos que armonizan con el de autonomía, en su consideración de que *toma en cuenta de lo que ya se hubiese percibido con esa misma finalidad formando parte de un total indemnizatorio* y existencia de un solo daño, a que se refieren las sentencias del Alto Tribunal de 10 diciembre de 1998 (RJ 1998/10501) y 17 de febrero de 1999 (RJ 1999/2598).

Como conclusión de este apartado cabe sostener que las distintas vías de reparación del daño causado por el accidente de trabajo presentan indiscutibles dificultades de coordinación, por cuanto mientras las prestaciones de Seguridad Social atienden la pérdida de ganancia y el recargo opera de forma automática en razón a la gravedad de la infracción, la indemnización civil se fija de forma discrecional. Además, a tan nuclear premisa debe añadirse la concurrencia de órdenes jurisdiccionales y el distinto trato que en los mismos tiene la valoración de los mismos daños, por cuanto los no patrimoniales tienden a no ser indemnizados en su verdadero quebranto y los de naturaleza material no se reparan con criterios de actualización e integridad, mostrándose manifiestamente insuficientes.

⁶²⁷ Esta contradictoria premisa nos sitúa frente a los tres criterios de coordinación y compatibilidad entre las distintas indemnizaciones y que cierto sector doctrinal denomina de *acumulación absoluta*, *relativa* (descontando las prestaciones) o *límite* (descontando también el recargo). Pero a nuestro juicio constituye un juego pernicioso en el que no debemos entrar y que denotan la fragilidad del sistema porque como expresa Desdentando Bonete, A. en *El daño y su valoración en los accidentes de trabajo* Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración número 79 (2009)...*No se puede sostener que la compatibilidad del 127.3 LGSS no lleva consigo la acumulación indiscriminada de las distintas vías de reparación por encima del límite del daño total, sino simplemente la posibilidad de reclamar del empresario la parte del daño no cubierta por las prestaciones de la Seguridad Social.*

2.2. Supuestos de controversia⁶²⁸.

Debemos considerar como premisa que el objetivo de la reparación íntegra del daño (al que responde la regla general que hemos expuesto) no puede hacernos transitar por el laberinto de su compleja configuración legal, planteando hipótesis efervescentes y consecuencias forzadas como deducir que con el abono del recargo su tramo reparador queda cumplido y el exceso se convierte automáticamente en indemnización punitiva. Es cierto que el *desiderátum* consiste en que las normas sobre responsabilidad no deben llegar más allá del daño efectivamente producido; y ello es complicado de alcanzar cuando simultáneamente y sobre una misma infracción acumulamos indemnizaciones de diverso calibre y origen. Valga este razonamiento como ejercicio de lógica jurídica que concilia el concurso de distintos efectos; pero convengamos en la fragilidad del esquema si ponemos fronteras y prejuicios a conceptos indeterminados como *valor del daño* o *reparación integral*.

En el intrincado campo de las responsabilidades, el apartado 3 del artículo 123 del texto refundido de Seguridad Social (1994), según hemos visto, no admite ninguna oposición por cuanto sienta con carácter amplio el principio de plena compatibilidad e independencia entre las mismas. Sin embargo se ha querido significar que la responsabilidad contractual ya está contemplada en el recargo y que la infracción en que éste se asienta no tiene que implicar necesariamente responsabilidad civil⁶²⁹. La exclusión de indemnización civil adicional representa criterio restrictivo aplicado también desde la invocación del principio de especialidad; de tal manera que, estando prevista un complemento de indemnización o un suplemento como acontece en el recargo, no cabría imponer responsabilidad civil alguna a tenor del contenido del

⁶²⁸ El Tribunal Supremo (Social) en sentencias de 2 octubre 2000 (RJ 2000/9673), 14 febrero (RJ 2001/2521) y 9 octubre 2001 (RJ 2001/9595), entre otras, traza un presupuesto nítido y facilita la resolución de diferencias en esta materia al sostener que *el recargo es una institución específica y singular de nuestra normativa de Seguridad Social, independiente y no subsumible en otras figuras típicas, lo que excluye la compensación del mismo con parte de la indemnización total que no puede verse disminuida en el importe del recargo, sino, por el contrario, incrementada por él*. CAPILLA BOLAÑOS, J. A., *Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización. Criterios de cuantificación*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración N° 74 (2008), p. 57-78.

⁶²⁹ Ahora bien, se ha de entender, que la otra acción civil, la contractual, se encuentra regulada y especificada en las normas a que antes se hizo referencia, por lo que completada la misma, con las correspondientes indemnizaciones, no se puede ejercitar nueva acción en petición de indemnizaciones complementarias, por cuanto que como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 septiembre 1995 (AS 1995/3187) la responsabilidad contractual de la empresa *«tiene su adecuado cauce en los correspondientes recargos de prestaciones por infracción de medidas de seguridad»*. Y el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 abril 1992 (RJ 1992/3414), contemplada la muerte de un operario producida en un edificio en construcción donde no existían barandillas en los andamios, señala que de las pruebas no se deduce dato alguno para calificar los hechos como acciones u omisiones culposas atribuidas a los demandados y generadores de responsabilidad civil extracontractual, a añadir a la responsabilidad ya reconocida por infracción de medidas de seguridad, pues la infracción de éstas no comporta necesariamente culpa civil.

artículo 1104 del Código Civil⁶³⁰ en razón al grado de diligencia del empresario o a las circunstancias concurrentes en la producción del evento dañoso. Se pretende así que el recargo represente una indemnización tasada que deje fuera toda posibilidad de complemento alguno por representar y abarcar la integridad de los perjuicios irrogados⁶³¹. Sobre la responsabilidad civil adicional del empresario, el Alto Tribunal por medio de su Sala de lo Civil entiende que la doctrina moderna coloca al lado del tradicional principio de la culpa el nuevo principio de responsabilidad por riesgo o sin culpa, *que responde a las exigencias de nuevos tiempos*, añadiendo la sentencia dictada en fecha de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995/4106) que la doctrina se ha situado en el marco de un sistema que *viene a aceptar soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero*. Prolongar esta idea al ámbito de la cobertura social significaría admitir que la responsabilidad objetiva del empresario por accidente de trabajo está cubierta y que el resto de indemnizaciones vienen a ser una adición que encuentra el mismo fundamento de atribución con el efecto de una indebida acumulación de responsabilidades objetivas sin justificación posible.

Pero ni adicional o complementario es sinónimo de accesorio o subsidiario, ni duplicar significa exceso o ilicitud. No caben extraer consecuencia estrechas ni mucho menos interesadas. Y en este juego elástico de palabras nos estamos moviendo con peligro de suscitar problemas inexistentes o simplemente dogmáticos; por eso la indemnización civil adicional abre el camino para preguntarnos sobre el concepto mismo de *reparación integral*. Porque si las prestaciones no son indemnización en sentido estricto, tampoco el recargo puede serlo al constituirse y venir condicionado sobre una declaración previa de éstas. Por ello la expresión *indemnización adicional* solo cabe aplicarla a la nacida del orden civil⁶³².

⁶³⁰ El contenido literal del precepto es como sigue: *La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.*

⁶³¹ STSJ Extremadura de 14 octubre 1996 (AS 1996/3035):... *Esta última resolución, apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 enero 1990 (RJ 1990/183), manifiesta «que cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible acudir a las previsiones de igual naturaleza del derecho común, y ello sin olvidar nunca que la indemnización "per se", no solo se da y se instituye en función de la causa torpe, ya que en definitiva, la causa es la razón del nacimiento de la indemnización y los efectos se configuran como el contenido de esa indemnización». De la misma forma, contemplando la indemnización por despido del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, y la solicitada por el productor en los autos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 17 octubre 1995 (AS 1995/3756), indica que «la indemnización tasada legalmente, abarca a la integridad de los perjuicios irrogados con independencia de su efectiva existencia y alcance.*

⁶³² Es indiscutible que las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, aun siendo prestaciones del sistema público de Seguridad Social, actúan como un verdadero seguro de la responsabilidad

Por otra parte, la coexistencia del recargo con la sanción administrativa se alza en opción que está fuera de toda discusión académica. La perspectiva de defensa social es diametralmente opuesta en uno y otro caso, pues mientras el recargo se genera en la esfera jurídico-privada del contrato de trabajo, la sanción administrativa incorpora un factor de naturaleza pública que viene en última instancia a justificarla. Sin embargo hay una confluencia que será objeto de particular examen en el capítulo siguiente cuando tengamos ocasión de estudiar el compromiso público⁶³³ como instrumento para hacer frente a las consecuencias de aquél; porque si bien es cierto que el ámbito en que se produce el recargo es el delimitado por el vínculo de trabajo, las condiciones en que se gesta y sus consecuencias sí poseen un marcado componente colectivo que debe conllevar otras responsabilidades más allá de la persona del empresario⁶³⁴.

En definitiva, admitir esta coexistencia implica en cierto modo consentir dos sanciones por unos mismos hechos, lo que pudiera ser constitutivo de infracción del principio *non bis in idem*⁶³⁵. Pero está claro que, pese a ello, las autoridades en su imposición son distintas y sobre todo la diferencia radical consiste en la cuestión de perspectiva, pues no se contempla la realidad desde una misma óptica de defensa social; a juicio de la jurisprudencia civil en este punto *mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores*⁶³⁶.

Por otro lado debe repararse en que un sustancial aspecto favorable a su naturaleza prestacional se deja muy claro en la redacción del vigente texto de la Ley Prevención de Riesgos Laborales al hacer compatibles (en el apartado 3 de su artículo 42) las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con las indemnizaciones que procedan, primero, de los daños y perjuicios causados y,

empresarial. En este sentido, DESDENTANDO BONETE, A. en *El daño y su valoración en los accidentes de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración número 79 (2009).

⁶³³ Sobre el papel del Estado como organizador social, vid. BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Editorial Trotta, Madrid, 1991.

⁶³⁴ STS (Social) 2 octubre 2000 (RJ 2000/9673): (.../...) *es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores*.

⁶³⁵ STS (Civil) 3 diciembre 2008 (RJ 2008/6945): (.../...) *conforme a la jurisprudencia constitucional esta regla no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden que los contemplen desde perspectivas diferentes (como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), y por su misma naturaleza solo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones frente al intento de sancionar de nuevo desde la misma perspectiva de defensa social unos hechos ya sancionados o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior (STC 159/1985, de 25 de noviembre, RTC 1985,159), en tesis concordante con la jurisprudencia ordinaria, entre otras STC de 30 de mayo de 2000, RJ 2000,5533*.

⁶³⁶ STS (Civil) 3 diciembre 2008 (RJ 2008/6945).

después, del recargo de prestaciones económicas⁶³⁷, como tuvimos ocasión de recoger *ut supra*⁶³⁸. Es claro que dicho precepto hace compatibles la indemnización por recargo con las responsabilidades administrativas derivadas del procedimiento sancionador, volviendo a la consideración inicial contenida en la ley de 1900, en que se podía entender como *una forma de compensar el límite de la responsabilidad tasada dentro de un régimen general de inmunidad*, y en el contexto de un principio conforme al cual *cuando éste se debilita el carácter punitivo se acentúa*. Por ello resulta elemental e inevitable proceder a una tarea de coordinación, pues tanto si se considera sanción como remedio resarcitorio es preciso conjugar, de un lado, el resto de sanciones ya administrativas ya penales para no comprometer el principio *non bis idem*; y de otro, el conjunto de indemnizaciones a efectos de establecer la reparación integral del daño⁶³⁹.

La acumulación de sanciones genera problemas de coexistencia, prioridad y encaje: en la figura del recargo hay ópticas e intensidades distintas. Por ello, debemos partir de que puede haber penalidades tanto civiles como penales; y de que éstas admiten una derivación administrativa donde cabe el perjuicio de una persona concreta que lleve aparejado un efecto de reparación al mismo tiempo. Todo este panel colorista es posible en el marco de una rica casuística. Pero debe ponerse orden en ese juego de grises y (a veces) de resultados imposibles o *contra natura*. Así, no se puede dudar de la preferencia del orden penal en el sistema punitivo frente al procedimiento administrativo sancionador porque en este punto la ley se muestra clara y precisa conforme determina el artículo 3 del texto básico en la materia que representa la LISOS.

⁶³⁷ La compatibilidad de las sanciones administrativas previstas en el artículo 49 de esta ley con la responsabilidad civil y penal está fuera de toda discusión conforme textualmente dispone el apartado 1 del artículo 42. Al extenderse igualmente en el párrafo 3 al recargo de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social se ha querido destacar por la doctrina el rigor sancionador del precepto que cohonesta con la naturaleza, que también se atribuye al 123 LGSS, de constituir un *precepto sancionador atípico* que relaciona directamente el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene con la normativa reparadora de la Seguridad Social. En este sentido se expresa FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*. Editorial Dykinson, S.L., Madrid 1996, p. 205.

⁶³⁸ Concretamente en el capítulo II cuando tratamos de la compleja naturaleza del recargo y en particular de las vertientes procedimentales en su apartado 4.1.

⁶³⁹ Esta naturaleza camaleónica ha venido determinando vacilaciones y ambigüedades en la doctrina judicial con importantes efectos prácticos, en orden a su abono pues si solo se contempla la vertiente sancionadora no cabe responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia empresarial; pero si el acento lo ponemos en su lado resarcitorio es obligado tomar en cuenta las distintas fuentes y la cuantía conjunta de la indemnizaciones. El empleo de expresiones como *sanción civil* o *indemnización sancionatoria* así lo ponen de manifiesto.

2.3. Porcentaje aplicable.

Es criterio legal estable que la cuantía del recargo guarda relación directa con la gravedad de la falta que se cometa sin que influya en medida alguna el verdadero perjuicio que al trabajador se infrinja⁶⁴⁰. Por eso son de nuevo las circunstancias concretas del caso las que determinan la variación del porcentaje atendiendo a la conducta de éste; pero siempre en relación con el tamaño y gravedad de la infracción cometida por el empresario, que se constituye así en la verdadera medida de su cuantía⁶⁴¹.

Tuvimos ocasión de exponer⁶⁴² que la doctrina ha venido suscitando la crítica de que la pena en que la sanción se concreta esté formada por un porcentaje sobre la base reguladora, de tal modo que el gravamen final (es decir, el resultado indemnizatorio) quede condicionado al mayor o menor salario del causante. Y esto sí puede ser una deficiencia seria que comprometa un elemental sentido de la equidad por cuanto la ecuación *cuantía efectiva del recargo/relevancia de la infracción* no guarda cabal proporción dentro del esquema legal en términos de reparación integral del daño causado⁶⁴³. No estamos en presencia de una multa que se impone de forma mecánica y proporcional conforme a una escala predeterminada del reproche social; de ahí que asistamos tanto a un déficit reparador como a otro de carácter punitivo. O lo que es lo mismo, ni cumple el objetivo indemnizatorio de cubrir cabalmente el perjuicio en razón al efectivo daño causado ni termina de satisfacer con justeza la finalidad represora que toda sanción implica⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ No olvidemos que la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 contiene el primer antecedente del recargo y no admite variación alguna de porcentaje, pues se limitaba a declarar en su artículo 5 el *aumento en una mitad más de su cuantía* de las indemnizaciones determinadas cuando el accidente se producía en un establecimiento u obras cuyas máquinas careciesen de los aparatos de precaución que la propia norma contenía.

⁶⁴¹ Supuestos concretos tendremos ocasión de analizar más adelante al estudiar los diversos aspectos de la figura. Sin embargo el criterio de la gravedad de la falta que constituye la directriz en que descansa la cuantía del recargo puede verse en estos ejemplos que cita la doctrina: *Se impone el 50% cuando al trabajador se le han asignado tareas distintas a las habituales, en puesto de trabajo con riesgo y, además, se ha omitido un mecanismo de seguridad* (STSJ Murcia 6 octubre 1998). *También se impone el recargo del 50% cuando hay un cúmulo de infracciones de medidas de seguridad* (STSJ Andalucía/Granada, de 9 junio 1999, recurso 1762/97). NAVARRO APARICIO, J. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *El recargo de prestaciones*, en CAMPS RUIZ, L. M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. (coordinadores), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, págs. 1203 a 1222.

⁶⁴² *Ut supra*, Capítulo I, 3.4 *Porcentaje variable según la gravedad de la falta*, al estudiarlo como uno de los rasgos básicos del concepto.

⁶⁴³ CORREA CARRASCO, M., *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*. Editorial Bomarzo, Albacete 2008.

⁶⁴⁴ Si bien el recargo se mantiene desde su nacimiento como indemnización especial, con el tiempo se introduce el matiz sancionatorio; y así desde la ley de 10 de enero de 1922 se prohíbe su

En el marco de estas consideraciones abordamos los aspectos que nos parecen más relevantes del porcentaje legal en que se concreta el aumento de la prestación⁶⁴⁵, situado entre un 30 y un 50 % de la misma según la gravedad de la falta y al margen de toda otra consideración⁶⁴⁶, aunque sí existe un generoso margen para moverse entre esos límites en razón a las circunstancias concurrentes y también cabe su revisión judicial como seguidamente exponemos.

Ya hemos referido que el precepto legal no contiene criterio de atribución preciso pero sí cuenta con una directriz general constituida por la gravedad de la falta cometida por el empresario⁶⁴⁷. El artículo 39 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social admite distintos grados en la sanción por incumplimiento empresarial: mínimo, medio y máximo, que se corresponden con las infracciones leves, graves y muy graves establecidas en atención a determinados factores⁶⁴⁸. Con este planteamiento de base cabe graduar el recargo si a juicio de los tribunales se da la concurrencia de determinadas circunstancias como después veremos; pero al menos ya contamos con un factor de estabilidad que la propia ley proporciona y que se constituye en directriz inexcusable⁶⁴⁹: en la fijación de la cuantía porcentual del recargo la gravedad de la infracción constituye la premisa

aseguramiento y ya con el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 se marca un punto de inflexión al entenderlo abiertamente como sanción en su artículo 55.

⁶⁴⁵ En este punto es relevante la monografía de CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F. J., *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*. Editorial Bomarzo 2005.

⁶⁴⁶ El establecimiento de estos límites mínimos y máximos se introduce por el Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el Texto Articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social y procede en su artículo 147 a la regulación del recargo de prestaciones.

⁶⁴⁷ En este sentido se expresa la sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 19 enero de 1996 (RJ 1996/112) que establece que, aunque el precepto no contenga criterios precisos de atribución, sí indica una directriz general para la concreción del recargo que justamente sitúa en la expresión *gravedad de la falta*. *Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal. Así sucede al menos cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sancionador.*

⁶⁴⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de enero de 2012 (JUR 2012/99856).

⁶⁴⁹ TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 3438/2012 de 8 mayo: (.../...) *estimamos que no concurren circunstancias que justifiquen la imposición del recargo en su máximo porcentaje, del 50 %, dado que del relato fáctico, así como de lo resuelto en este recurso, se desprende que las entidades recurrentes, si bien no adoptaron la totalidad de las medidas preventivas exigibles, no omitieron la totalidad de las medidas de tal carácter, siendo las omisiones imputables a ellas relativas a coordinación de actividades, en unos casos, o a omisión de información, en otros, así como a ausencia de vigilancia de la evolución de la salud de la trabajadora, en otros. Por todo ello, estimamos que el porcentaje del recargo ha de reducirse al del 30 %, debiendo ser estimada la pretensión subsidiaria de las recurrentes.*

desde la que se formula el enjuiciamiento y valoración de la falta. Pero se han de tener en cuenta tanto los factores que la ley proporciona porque literalmente recoge⁶⁵⁰ como otros que son de aplicación analógica: entre éstos se encuentran los supuestos de daños que causan primero un periodo de incapacidad temporal seguido de otras consecuencias tuitivas; es habitual en este punto que se considere el alcance lesivo de los daños como valor prioritario que en última instancia viene a conectar directamente con la propia peligrosidad de la actividad que se desempeña⁶⁵¹. La cualidad de impugnar este parámetro ante los órganos jurisdiccionales encuentra base en el amplio abanico que proporciona la franja de porcentaje que va del 30 al 50% y que supone respetar la directriz legal determinada por la gravedad de la falta⁶⁵². Su marco normativo lo determinan cuantos factores de ponderación pueden considerarse conforme recoge el citado artículo 39 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, que ya hemos comentado contempla en su apartado primero la escala básica de grados (mínimo, medio y máximo) e incorpora los criterios generales para su adopción en el siguiente, distinguiendo a continuación -y singularmente- otros elementos de consideración tanto en materia de prevención de riesgos laborales como de sociedades cooperativas en sus ordinales 3 y 4.

⁶⁵⁰ El artículo 39 LISOS contiene los siguientes términos: *Criterios de graduación de las sanciones* 1. Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes. 2. Calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta Ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.

⁶⁵¹ Por todas estas razones estima la Sala que el recargo no puede mantenerse en la cuantía de un 40% como fija la resolución administrativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social y confirma la sentencia de instancia debiéndose reducirse al porcentaje del 30% en atención a estas dos razones: 1ª) las lesiones causadas dieron lugar a prestaciones de incapacidad temporal sin que conste haberse derivado de dicha situación una incapacidad permanente para los trabajadores afectados, y 2) las faltas por las que la Inspección de Trabajo levanta Acta de Infracción si bien se califican de grave, la sanción impuesta lo es en su grado mínimo. TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2788/2012, de 16 abril.

⁶⁵² (.../...) la decisión del juez de instancia sobre la cuantía porcentual de recargo en cuestión, en cuanto predeterminada por un criterio legal –la "gravedad de la falta"–, puede ser reconsiderada en suplicación para comprobar si excede o no del margen de apreciación que le es consustancial. El fundamento de la posición que ahora se adopta estriba en que la apreciación en un caso concreto de la "gravedad de la falta" o infracción de medida de seguridad está guiada por conceptos normativos –peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de las medidas reglamentarias, etc.–, que han sido establecidos en la legislación preventiva y cuya aplicación a un supuesto concreto constituye un acto de calificación jurídica, subsiguiente y separable de la fijación o determinación de los hechos del caso (Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sentencia de 1 febrero 2006. RJ 2006/4362).

Por lo que se refiere al primer aspecto, en su tercer apartado se determina que a los efectos de su graduación se tendrán en cuenta un serie de criterios entre los que se encuentran *la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo* o el carácter –ya permanente ya transitorio- de los riesgos inherentes a dichas actividades y el número de trabajadores afectados, destacando el que señala como *la gravedad de los daños producidos* que insinúa un alcance concreto rompiendo así con las consideraciones de valoración general que predominan en el precepto. Ello sin evaluar la expresión en clave de alternativa con que el apartado se adorna, pues a los daños tangibles une *los que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias*, así como la referencia a *la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales*, que nos resulta del todo punto abstracta y solo justificable en razones de pura equidad.

3.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El origen del recargo viene dado por la imputación que al empresario se hace y que tiene en sí mismo una vertiente administrativa a través del procedimiento sancionador que incoa la Inspección de Trabajo en su tarea de velar por el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene. Y ello resulta del todo punto compatible, como venimos diciendo, en caso de que la infracción empresarial produjese daño al trabajador incumpliendo las obligaciones contractuales conforme al artículo 1101 y siguientes del Código Civil o interviniendo culpa o negligencia dentro del deber genérico de no dañar a nadie, según expresa el artículo 1902 y siguientes del mismo texto legal, y sin que ello necesariamente alcance la dimensión de infracción penal. Como se aprecia, todo un crisol de ópticas y responsabilidades en concurso.

3.1. El expediente sancionador.

Constituye cuestión nuclear mantener que el recargo no deriva de la potestad sancionadora de la Administración: primero porque ésta ya se manifiesta en la imposición autónoma y separada de la correspondiente multa; y después, porque nace a partir de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo⁶⁵³. El procedimiento declarativo por parte de la entidad gestora de la Seguridad Social implica que con carácter previo tenga lugar la imputación de responsabilidad mediante el oportuno expediente sancionador. El

⁶⁵³ El procedimiento sancionador ordinario viene regulado en el Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo, que aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes de liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

artículo 37.6 del texto básico laboral en materia de sanciones e infracciones (LISOS) establece que el acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que inicie el expediente sancionador y la resolución administrativa que recaiga deberán explicitar los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta y que cuando no se considere relevante ninguna circunstancia en particular la sanción se imponga en el grado mínimo en su tramo inferior.

Esta vía sancionadora sin duda marca el devenir del recargo por cuanto en su origen está la infracción, pero su consecuencia fundamental en el objetivo de la reparación íntegra se condensa en el expediente declarativo de su reconocimiento. Desde ese punto de vista es innegable su naturaleza de prestación social por formar parte, a modo de aumento, de la que los órganos competentes declaran en el ámbito de la Ley General de la Seguridad Social. Sin embargo no constituye como tal, ni en su diseño ni en su configuración dinámica, sanción autónoma en el marco de la LISOS. Es decir, el recargo no es infracción administrativa del orden social porque está desprovista de tipificación y sanción ni en esa ley especial ni en ninguna otra. Como en su momento tuvimos ocasión de exponer⁶⁵⁴, en el marco sancionador general sí hay faltas que constituyen su soporte directo y del que se nutre; pero como tal, el recargo no es equivalente ni cabe identificarse con infracción alguna.

Sin duda alguna, el afán reparador anima el texto que atribuye a la Inspección de Trabajo la facultad de instar el recargo al tiempo de practicar las actas de infracción contra el empresario que incumple las medidas de salud laboral. El artículo 27 del Decreto 928/1998⁶⁵⁵ impone al inspector la tarea de indicar tanto la causa concreta de las enumeradas en la norma marco, contenida en la Ley General de Seguridad Social, como especificar *el porcentaje que considere procedente aplicar*. De este modo, con apoyo en el artículo 7.8 de su ley ordenadora, se apunta al decisivo papel del intervencionismo público en la materia (*instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene*) tomando como sustrato normativo la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁶⁵⁶ que ya desde su primer artículo trata el fenómeno de la prevención no solo en términos de realidad ya acontecida sino como conjunto de medidas que en el futuro sean susceptibles de evitar todo siniestro en el ámbito laboral. En su momento

⁶⁵⁴ *Ut supra*, Capítulo II, 4.1, *Las distintas vertientes procedimentales*.

⁶⁵⁵ Literalmente expresa: *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social está legitimada para iniciar el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo proponiendo el porcentaje de incremento que estime procedente, en aplicación del artículo 123 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que es compatible con la responsabilidad administrativa, penal o civil que derive de los hechos constitutivos de la infracción*.

⁶⁵⁶ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 269, de 10 de noviembre.

hicimos referencia a la *fórmula infinita* que su artículo 42 exhibe cuando fijaba una premisa de generosa amplitud tanto en la invocación de las faltas como de las sanciones que su incumplimiento comporta⁶⁵⁷.

Las consideraciones que preceden tienen por objeto dejar bien sentado a modo de premisa que en el nacimiento del recargo se hace preciso advertir la existencia de *falta*, siendo ésta una noción que necesariamente se muestra vinculada al régimen sancionador que en el orden laboral encuentra su máximo exponente legislativo en el citado texto refundido de la ley sobre infracciones y sanciones, aprobado el Real Decreto legislativo 5/2000 de 4 de agosto. Pues bien, esta remisión nos conduce al marco de la infracción administrativa donde rigen sus principios y reglas específicas en la represión de acciones y omisiones que se hallen tipificadas tanto en la ley especial que dicha norma representa como con carácter general en las leyes y disposiciones de naturaleza social. Por ello –y como corolario– cabe extraer que ninguna sanción puede imponerse si con carácter previo no se ha tramitado el oportuno procedimiento administrativo especial *en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado*, conforme a los principios generales que rigen en la materia y fija sin ambages el apartado 3 de su artículo primero.

Las guías, protocolos y criterios técnicos de la Inspección de Trabajo cumplen un destacado papel en este marco, pues constituye obligación legal publicar las sanciones muy graves conforme al texto del 49.5 LPRL, hoy vigente en el apartado 2 del artículo 40 LISOS; y a tal fin el RD 597/2007, de 4 de mayo, establece en su artículo 3, apartado 2, que *la publicación no alcanzará a los recargos de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema*, aspecto restrictivo éste que viene a distinguir la naturaleza prestacional del recargo al margen de las cuantías de las sanciones principal y accesorias que sí son objeto de publicación obligada. El Registro de consulta pública que en el artículo 4 se instaure representa un instrumento de interés en el seguimiento de los infractores y control de los sectores y agentes implicados, configurándose la investigación de los accidentes en factor determinante para fijar las responsabilidades en los planos civil o penal, contencioso o social; y siendo el acta de infracción o el informe que extienda el inspector el documento sobre el que nuclear la misma⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ En el capítulo I, 2.3 al tratar sobre la evolución legislativa del recargo hasta el vigente texto refundido, extractamos el tenor literal del precepto comentado: *El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento*.

⁶⁵⁸ En la consideración del porcentaje en el recargo propuesto al INSS según la gravedad de la falta deben ponderarse las circunstancias de agravación a que se refiere el artículo 39.3 LISOS, como son la naturaleza de la actividad, carácter permanente o transitorio de la misma, número de trabajadores afectados, actitud de la empresa en la corrección de las deficiencias observadas con anterioridad, etc.

Por otra parte, los criterios técnicos son establecidos por la Dirección General de la Inspección conforme a la normativa hoy derogada, ley 42 de 1997, siendo que en la nueva ley 23 de 2015 tienen carácter vinculante al establecerse en su artículo 20 que conforme a la ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se harán públicos mediante su publicación oficial. El relativo al *atracó* es buena muestra de la protección pública al riesgo que ocasiona la comisión de un ilícito. El criterio 87/2011, de 9 de febrero de 2011, como cierre en su último apartado contempla la posibilidad de que el inspector actuante proponga el recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo cuando se cometa inobservancia de la normativa de seguridad ciudadana en establecimientos sensibles como joyerías, estaciones de servicio o entidades bancarias, por cuanto lo decisivo no es en este supuesto el incumplimiento de la regla de prevención *entendida en sentido estricto*, sino el defectuoso funcionamiento de las máquinas, artefactos y demás dispositivos de precaución defectuosos o en mal estado a que se refiere el precepto legal objeto de nuestro estudio. El referido al *acoso y violencia en el trabajo*, criterio técnico 69/2009, consolida una línea abierta con el 34/2003, que deroga, sobre el riesgo psicosocial configurado como inequívocamente laboral cuando acontece en el marco de la organización del trabajo, donde el deber de protección del empresario se hace obligado y que las sentencias del Tribunal Constitucional 62 y 160 de 2007 confirman y extienden al ámbito de la prevención⁶⁵⁹. Que la responsabilidad recaiga solamente en el empresario no debería de llamar la atención pero que descarnadamente se diga que *en las Administraciones Públicas quedan excluidas las conductas de acoso* en las relaciones con funcionarios y estatutarios sí sorprende por su contundencia y falta de toda referencia o justificación, sin perjuicio ello de los específicos ámbitos de aplicación que señala el artículo 3 LPRL y las singularidades que presenta esta materia en las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco⁶⁶⁰. No obstante, la sorpresa se hace mayor cuando en la determinación de los autores en materia de prevención se llega a señalar directamente al empresario para extenderla a cuantos otros compartan el centro de trabajo conforme a lo dispuesto en el 24 LPRL⁶⁶¹ pero sin mencionar la que también por omisión pudiera corresponder a la propia Administración. Así, la falta de prevención del riesgo psicosocial debiera comprometer a cuantos agentes intervienen en su producción y mantenimiento; de ahí que la elaboración de planes, la formación e información sean instrumentos

⁶⁵⁹ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., *El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace justicia disuasoria*, Aranzadi Social nº 22, 2011.

⁶⁶⁰ En este punto se impone un criterio consolidado y rotundo: la Inspección no puede suplantar el papel disciplinario que en exclusiva corresponde a la Administración.

⁶⁶¹ Sobre la consideración de este precepto como marco insuficiente ver el estudio de la profesora MIÑARRO YANINI en *La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales: el desarrollo del artículo 24 de la ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*, en Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 9, Pamplona, 2004.

adecuados. Pero sin duda la propia naturaleza del riesgo y su alcance social no deben minimizar el papel que la sociedad entera juegan en la concreción de este específico riesgo⁶⁶².

Por último, es significativo advertir la solución del criterio técnico a la posibilidad de concurso entre infracciones de norma laboral con otras de naturaleza preventiva (esto es, entre las tipificadas en los artículos 7 y siguientes de la LISOS), sugiriendo la aplicación de estas últimas por su carácter más gravoso conforme al 4.4 del RD 1398/93 (Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora) y asegurar en acta de infracción todas las infracciones a los efectos también de la propuesta que cabe formular para la correspondiente y eventual imposición del recargo de prestaciones de Seguridad Social.

3.2. La declaración del recargo.

El mecanismo administrativo puesto en marcha responde a este engranaje: el INSS reconoce el grado de responsabilidad y la cuantía del recargo⁶⁶³ correspondiendo a la Tesorería su recaudación⁶⁶⁴. Pero al margen de esta lógica secuencia, y como en su momento ya apuntamos⁶⁶⁵, es sin duda el vigente Reglamento de Recaudación del año 2004 la norma que refuerza el carácter represivo de la figura, incluyendo su regulación en el artículo 75 junto a las sanciones por infracciones del empresario en materia de Seguridad Social⁶⁶⁶.

⁶⁶² Y ello porque no solo se quebranta el deber general de protección del artículo 14 LPRL sino el que impone la obligación de cooperación y coordinación entre los distintos empresarios radicados en el centro de trabajo, con extensión a todos los agentes intervinientes en la producción del daño.

⁶⁶³ El procedimiento administrativo que canaliza la imposición del recargo está regulado en la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social.

⁶⁶⁴ Artículos 89 y 96 RD 1637/1995, de 6 de octubre. Antes, el artículo 9 del ya derogado Decreto de Recaudación de 1985 expresaba, de forma tan sintética como rotunda, el nudo gordiano de la figura del siguiente modo: *Respecto de los recargos sobre las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, a que se refiere el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, es sujeto responsable del pago el empresario infractor, sin que puedan ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrir, compensar o transmitir tal responsabilidad.*

⁶⁶⁵ Capítulo I, 2.1, al tratar sobre los antecedentes legislativos y la retrospectiva histórica.

⁶⁶⁶ La literalidad del precepto es ésta: *Artículo 75 Recargos sobre prestaciones. 1. Las resoluciones de la entidad gestora de la Seguridad Social en las que se declare la procedencia de recargos sobre las prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales originados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como los responsables de dichos recargos, conforme a lo previsto en el artículo 123 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, una vez sean firmes en vía administrativa se comunicarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, con indicación expresa del momento en que se hubiera realizado su notificación, para la recaudación por ésta del importe de tales recargos.*

En el tránsito al sistema de Seguridad Social, la Orden de 15 de abril de 1969 ordena el procedimiento administrativo de incapacidades y establece en su artículo 51 la procedencia del recargo en los términos sustantivos que actualmente recoge la ley general⁶⁶⁷. Los dos artículos siguientes regulan aspectos esenciales del concepto: la responsabilidad en el abono del recargo y su declaración administrativa⁶⁶⁸, que nutren inicialmente el que sería el tenor literal del artículo 93 del texto refundido de 30 de mayo de 1974, precedente inmediato de la vigente redacción legal.

Debe partirse del hecho de que el expediente administrativo tramitado para la posible fijación de un recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral no es un expediente sancionador y, por lo tanto, el exceso sobre el plazo establecido para la resolución del mismo no produce como consecuencia la caducidad del expediente⁶⁶⁹, sino la de entender que la solicitud ha sido desestimada, permitiendo a la parte ejercitar las acciones legales correspondientes⁶⁷⁰. Así, la sentencia del Tribunal Supremo (4ª) de 19 de julio de 2013 (RJ 2013/7304) reitera esta postura, precisando lo siguiente:

En efecto, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el recargo de prestaciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. Éste comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es en el momento en que concurren los tres elementos que integran el

⁶⁶⁷ Las indemnizaciones a tanto alzado, las pensiones vitalicias y las cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes que resulten debidas a un trabajador víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se aumentarán, según la gravedad de la infracción, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca en máquinas, artefactos, instalaciones o centros y lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o en los que no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o adecuación al trabajo.

⁶⁶⁸ Las dudas y contradicciones que el procedimiento administrativo en la materia vienen suscitando vienen siendo tratados por la doctrina que no deja de preguntarse sobre la eventual incompetencia de la Administración de la Seguridad Social para declarar el recargo en lo que respecta a la existencia de infracción y gravedad de la misma, entre otros aspectos de transcendencia práctica y legal. Así DESDENTADO DAROCA, E., *Procedimiento Administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas: recargo de prestaciones y declaración de la incapacidad permanente. Caducidad y prescripción*. Revista de Derecho Social número 40 (2007).

⁶⁶⁹ Sobre el régimen jurídico de ambos institutos procesales resulta de interés la monografía de GIL y GIL, J. L., *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*. Editorial Comares, Granada 2000.

⁶⁷⁰ Y ello no solo porque el artículo 14 de la OM de 18 de enero de 1996 (que sería la norma aplicable por la remisión que el artículo 42 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, LRJAP-PAC, hace a la norma reguladora del correspondiente procedimiento), aunque fija el plazo de 135 días, no tiene prevista como consecuencia de su incumplimiento la caducidad del expediente sino precisamente que *la solicitud podrá entenderse desestimada...*, sino porque en la citada ley administrativa, en concreto en su artículo 44.2, solo viene establecida la caducidad para los procedimientos iniciados de oficio cuando a su vez se trate de procedimientos *en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o...susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen*.

derecho: 1) el accidente de trabajo; 2) la infracción de las medidas de seguridad y 3) el hecho causante de la prestación de Seguridad Social objeto de recargo.

Y añade, respecto a esto último, que la interrupción del plazo de prescripción se mantiene hasta que la declaración de la prestación de base que es objeto de recargo sea judicialmente firme, en caso de que se hubiera impugnado. Concreta además que, una vez iniciada la prescripción, existen *diversos supuestos interruptivos*, entre ellos, *el del procedimiento sancionador con la resolución de la alzada*. Y afirma, finalmente, que entre todos esos posibles motivos que suspenden el cómputo de los plazos para el ejercicio de acciones, debe escogerse el que produce *el efecto interruptivo más favorable para el interesado*⁶⁷¹. Conviene recordar también que el artículo 43.2 de la Ley General de la Seguridad Social (texto de 1994) establece que *la prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil (...) y que su siguiente apartado determina que en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite (...).*

No olvidemos que este precepto habla del derecho al reconocimiento de las *prestaciones*; ¡que es el tratamiento que el recargo recibe! Y un nuevo factor de interés y contraste aparece en el panorama cuando el apartado segundo del artículo 44 de la Ley 30/1992, reguladora del procedimiento administrativo común, obliga a dictar resolución expresa manteniéndose hasta su llegada interrumpida la prescripción⁶⁷².

⁶⁷¹ En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2013 (RJ 2013/7743) llama la atención que las actuaciones procesales se inicien en el año 2006, la sentencia de instancia se dicte en febrero de 2008 y que la del Alto Tribunal, poniendo término a las mismas, tenga lugar siete años después. La referida incoación judicial tiene lugar cuando el INSS dicta resolución declarando la responsabilidad empresarial por un accidente acontecido el 6 de octubre de 1995, sí, once años antes. Las prestaciones se recargan en un 30% por acreditarse falta de medidas de seguridad, levantando la Inspección de Trabajo la oportuna acta de infracción. En este caso el Tribunal Superior de Justicia de Galicia estima el recurso en sentencia que dicta el 3 de febrero de 2012, transcurridos cuatro años desde la resolución de instancia, por apreciar prescripción del derecho a solicitar el recargo de prestaciones. No consta actuación alguna hasta el 23 de septiembre de 2005 en que el INSS concede al empresario el trámite de audiencia, dictándose resolución el siguiente 17 de julio de 2006. En este supuesto la prescripción se aprecia porque conforme al artículo 43 de la Ley General de Seguridad Social no se aprecian motivos de suspensión, paralización o interrupción de la misma.

⁶⁷² *Artículo 44 Falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio*

En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

- *1. En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.*
- *2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.*

En el almacén jurídico procedimental del recargo debemos acudir al artículo 123 (164 actual) de la Ley General de la Seguridad Social que (de forma larvada y en el refugio de la expresión *todas las prestaciones...se aumentarán*) fija la competencia de su reconocimiento a la entidad gestora conforme al procedimiento establecido en el Real Decreto 1300/1995 que determina el cauce de las incapacidades laborales, aunque la expresión de ambos textos difieran en su alcance, por cuanto la ley se refiere a todas las *prestaciones económicas* y el Decreto solo alude al trámite de las *incapacidades laborales*. Es éste un aspecto curioso que denota el mimetismo y la ligereza con que a menudo se hace uso de la normativa. ¿Por qué embutir el aumento de una prestación de viudedad que ha de recargarse por fallecimiento del trabajador en el cauce de las incapacidades? Porque si bien es cierto que en materia de incapacidad no hay impedimento aplicativo alguno por permanecer en el ámbito propio de regulación, ni siquiera la analogía salva a nuestro juicio el despropósito, siendo que lo oportuno sería ajustar el tratamiento procedimental del recargo a la normativa común.

La Orden que desarrolla el precepto de 18 de enero de 1996 sigue limitando su ámbito al de las incapacidades y fija en su artículo 14 el plazo de 135 días para resolver. En materia de incapacidades laborales no existe problema alguno para aplicar esta norma como lo confirma el artículo 16 que literalmente se refiere a las *declaraciones de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene*. Pero seguimos pensando que difícilmente puede aplicarse al resto de prestaciones si no es por analogía y sin que la expresión *cualquiera que sea la contingencia de que se trate* (que emplea su apartado 1) pueda producir efecto expansivo alguno. Por otra parte, el principio de celeridad es factor clave del procedimiento y debe afectar a todos los expedientes en materia de prestaciones de Seguridad Social, lo que implica no suspenderlo por seguirse causa criminal en razón a los mismos hechos: primero, tal aserto se justifica en el hecho mismo de que no venga contemplado en el referido el Decreto 1300/85 que le sirve de soporte y, después, porque en caso contrario vulneraría el principio procesal contenido en el ya derogado artículo 86.1 de la extinta Ley de Procedimiento Laboral.

Al principio del presente apartado constatamos la facultad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que, una vez acabada la actuación comprobadora, pueda instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene, conforme dispone el artículo 7.8 de la ley 42/1997, de 14 de noviembre, que la regula y ordena. Sin duda la prescripción de cinco años es consustancial a la naturaleza prestacional del recargo, lo que determinaría la natural y directa aplicación del artículo 43.2 (actual 53.2) del texto

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

básico de Seguridad Social⁶⁷³. Pero la solución no es tan sencilla si insistimos en el plano de la confusión de naturalezas y colisión de jurisdicciones. Y sobre todo en el efecto que puede conllevar si se entabla acción civil o criminal porque el precepto habla de que *la prescripción quedará en suspenso*, pero no de que haya de paralizarse el expediente administrativo, que obviamente debe seguir adelante en razón al principio de celeridad y ello sin perjuicio del resultado que en su tiempo arroje uno u otro cauce jurisdiccional.

Siendo la caducidad instituto enlazado a la seguridad jurídica, obligada es su conexión con el componente sancionador que en el recargo anida. Y también con las actitudes de negligencia del beneficiario en el marco de la Seguridad Social: así está reflejado en el 44 (actual 54) del citado texto legal. Sin embargo, el silencio administrativo juega a favor del acreedor de prestaciones, como se pone de manifiesto en la posibilidad de ser interrumpida por causa legal. De este modo lo determina el Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo que establece la duración de los plazos para la resolución de todos los procedimientos que reconozcan prestaciones de Seguridad Social, conservando con carácter supletorio el de tres meses que fija el apartado segundo del artículo 42 de la ley 30/1992, reguladora del procedimiento administrativo común, en cuyo Anexo se fija el plazo máximo de resolución y notificación, igualando en 135, ahora sí, el que ha de regir tanto en los de prestaciones por incapacidad permanente como en los tramitados en el procedimiento separado de recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente y enfermedad profesional⁶⁷⁴.

Y sobre la prescripción, cabe sostener que el *dies a quo* es variable en función de las distintas acciones que pueden interponerse para la consecución de la reparación integral del daño y que conforme al artículo 1969 del Código Civil arranca desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse, como así lo entienden las sentencias del Tribunal Supremo (Pleno) de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10501) y 12 febrero de 1999 (RJ 1999/1797). Fijado en cinco años, como prestación que es, también se haya sometido al régimen de interrupción general, por lo que el artículo 43.2 de la Ley General de la Seguridad Social remite a las causas generales del artículo 1973 del centenario texto civil (esto es, reclamación judicial o extrajudicial), añadiéndose que también cabe su interrupción por tramitarse expediente en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social *en relación con el caso de que se trate*. Pues bien, la cuestión a

⁶⁷³ En este punto resulta ilustrativa la sentencia que recientemente dicta el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, de fecha 31 de marzo de 2016, en el recurso de suplicación 9/2016, que analiza el vigente criterio sobre los límites de la caducidad en las actas de la Inspección de Trabajo.

⁶⁷⁴ En cuanto a la caducidad, se excluye su aplicación al entender que el recargo no es propiamente una sanción, lo que hubiese producido el archivo de actuaciones al amparo del artículo 44.2 del texto legal si no existe resolución en el plazo máximo establecido. Pero cabe plantear si tal solución es descartable cuando el propio precepto entiende que no solo el carácter punitivo determina la caducidad sino también cuantas otras potestades *sean susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen*. El referido precepto establece que *en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad*.

determinar consiste en saber cuánto tiempo puede durar la suspensión, que arranca con la incoación del expediente administrativo, a sabiendas de que la Administración viene obligada a dictar resolución en plazo máximo de 135 días conforme señala el Decreto de 2003 que hemos referido. Pero si no lo hace, es lo cierto que, transcurrido dicho periodo, se abre paso por vía de silencio negativo la interposición de la oportuna acción judicial, aunque como decimos la Administración está obligada a dictar resolución expresa por imperativo del 42.1 LRJAP-LPC⁶⁷⁵. Bastaría, pues, la presunción de certeza que poseen las actas de la Inspección para no prolongar el expediente indebidamente sin contravenir los principios de impulso de oficio y celeridad.

Es cierto que de existir una definición clara y concreta de la naturaleza del recargo, se facilitarían las consecuencias y la determinación de las normas procesales aplicables en el recargo, incluyéndose las relativas a los tiempos de ajustes, colisiones e influjos entre las distintas vías y órdenes jurisdiccionales en concurso bien complementario o excluyente. La confusión acontece cuando se hace aplicación indistinta y por espiguelo de normativa que varía en función de que se entienda bien como sanción bien como prestación. De ahí la dialéctica que se plantea sobre si cabe aplicar caducidad o prescripción al recargo, porque evidentemente el tratamiento de la cuestión y las soluciones que puedan aportarse cambian sustancialmente.

Lejos de abordar las respuestas de plazo a los institutos referidos en el ámbito del procedimiento declarativo, cabe preguntarse si la demora del Instituto Nacional de Seguridad Social de resolver en plazo debe conllevar tan grave perjuicio al beneficiario. Porque en este caso ya no estamos ante un tema técnico de cómputo de plazo y opciones de legalidad, sino de voluntad en aplicar el Derecho en términos de estricta justicia. Ya sabemos del criterio restrictivo en que descansan ambos institutos, pero no debemos cerrarnos a buscar salidas congruentes con el sentido común. Porque lo que no es sostenible es forzar la carambola de reprochar a la Administración una conducta de desidia y torpeza para ahorrar al mismo tiempo la responsabilidad a quien infringe la normativa de seguridad en el trabajo, con el resultado de perjudicar solo al trabajador accidentado. Y todo esto, constatando que la entidad gestora de la prestación ha dejado de cumplir con su deber de resolver sin consecuencia ni gravamen desfavorables en su contra⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevinida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables. El artículo 21 del nuevo texto, que aprueba la ley 39/2015, de 2 de octubre, mantiene la misma obligación de resolver en plazo máximo de seis meses.

⁶⁷⁶ La doctrina del Alto Tribunal que comentamos en este apartado encontró objeciones mediante voto particular, emitido en la primera de las sentencias citadas, que concluye del modo siguiente: *Así, teniendo en cuenta que en el caso sometido a enjuiciamiento existe resolución expresa del INSS*

4.- LA RECAUDACIÓN DEL RECARGO.

Al estudiar la evolución del recargo, dejamos sentado que si la entidad gestora de Seguridad Social reconoce el grado de responsabilidad y la cuantía del recargo, a la Tesorería compete su recaudación⁶⁷⁷. Pero es sin duda el vigente Reglamento de Recaudación de 2004 la norma que refuerza el carácter represivo de la figura, incluyendo su regulación en el artículo 75 junto a las sanciones por infracciones del empresario en materia de Seguridad Social⁶⁷⁸.

Es curioso advertir que también la preposición *sobre* delata una naturaleza añadida que se atribuye al recargo como entidad distinta de la prestación misma. Tal expresión no figura en el texto refundido de la ley -que recordemos se intitula *recaudo de las prestaciones económicas...*- y pone el acento en el dato de la pertenencia íntegra, considerando el aumento dentro o en referencia al objeto que complementa, lejos del sentido extraño con que el Reglamento de Recaudación maneja la figura al considerarla como pena o sanción y no como mero complemento. Sin duda tal consideración puede explicarse por razones sistemáticas: una norma de carácter recaudatorio no repara en esa disquisición técnica o académica y conforme a su objetivo de ingreso refuerza y pone el acento en el tono infractor del sujeto pasivo, aunque sea a costa de romper con el antecedente e introducir dudas sobre la naturaleza del recurso.

4.1. Constitución de rentas.

Partimos del hecho de que la recaudación de los recargos sobre prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, declarados procedentes por resolución administrativa, ha de llevarse a cabo por la Tesorería General de la Seguridad Social con arreglo al Reglamento de Recaudación aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 14 de junio, que se constituye en la norma básica sobre este

(aunque se dice dictada extemporáneamente), estimo que en modo alguno debió apreciarse la prescripción, que premia la demora, lentitud, retraso o desidia en el actuar de una Administración pública, y a la vez impide al interesado la apertura de un nuevo expediente al haberse "agotado con creces el plazo de cinco años".

⁶⁷⁷ Artículos 89 y 96 RD 1637/1995, de 6 de octubre.

⁶⁷⁸ La literalidad del precepto es ésta: *Artículo 75 Recargos sobre prestaciones. 1. Las resoluciones de la entidad gestora de la Seguridad Social en las que se declare la procedencia de recargos sobre las prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales originados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como los responsables de dichos recargos, conforme a lo previsto en el artículo 123 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, una vez sean firmes en vía administrativa se comunicarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, con indicación expresa del momento en que se hubiera realizado su notificación, para la recaudación por ésta del importe de tales recargos.*

particular⁶⁷⁹. Como hemos apuntado, ya la propia norma en su artículo 75 confirma su naturaleza ejecutiva al sentar que la recaudación del importe de tales recargos se llevará a cabo *sin perjuicio de las devoluciones que en su caso procedan si se redujeran o anularan en vía judicial los derechos reconocidos en dichas resoluciones administrativas*. Son, pues, las determinaciones que la entidad gestora realiza en su resolución las que prevalecen en el procedimiento recaudatorio que lleva a cabo la Tesorería: tanto las cuantías como los responsables le vienen dados en el expediente previo declarativo. La liquidación del capital coste se ajusta, pues, a los presupuestos de la resolución administrativa de la entidad gestora que reconoce el recargo, por lo que no debe entenderse propiamente como un acto de recaudación común sino conectada a una materia de Seguridad Social cuya competencia está reservada al orden jurisdiccional social nacida, precisamente, en la esfera de una relación previa y que afecta a cuantas partes en ella intervienen, esto es, empleador, trabajador y entidad gestora⁶⁸⁰.

También es interesante advertir que la fijación de la cuantía no tiene consideración de acto de gestión recaudatoria sino de cálculo instrumental⁶⁸¹, toda vez la obligación que en la resolución administrativa se impone (o en la sentencia que la confirma, anula o rectifica) determina el objeto de la ejecución que no viene dado por satisfacer la pensión de los beneficiarios sino ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el importe a través del capital coste. Por ello no cabe invocar prescripción alguna en consideración precisamente al carácter auxiliar del cálculo del capital coste de renta y de las actuaciones encaminadas a su ingreso. Como es de apreciar, pues, el mecanismo de ingreso y la legitimidad de la Tesorería para practicar el cobro está fuera de toda duda desde el más estricto esquema normativo; y ello en base a que la obligación del empresario a constituir ese depósito tiene como finalidad el aseguramiento por parte del Sistema del percibo por los beneficiarios del incremento

⁶⁷⁹ Y ello de acuerdo con su artículo 1. 1. g, siendo que la posterior extensión de responsabilidad frente a cualquier responsable solidario de la deuda haya de realizarse dentro de ese procedimiento recaudatorio conforme al procedimiento llamado de *derivación de responsabilidad* que después analizaremos al comentar la STSJ de Castilla-León, sentencia núm. 1104/2006, de 7 julio (AS 2006, 2396).

⁶⁸⁰ Así lo entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 26 septiembre 2000 (RJ 2000/8287): (.../...) *Sostener que, bajo estas circunstancias y condiciones, la pretensión, dirigida a obtener la nulidad del capital coste de la prestación, a cuyo pago se le condenó, debe ser actuada en vía administrativa, y, sometida, al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, parece desconocer el origen y naturaleza de la controversia de marcado carácter prestacional de la Seguridad Social.*

⁶⁸¹ Conforme al criterio del TSJ Madrid en Sentencia núm. 1059/2001 de 19 julio (AS 2001/3995), *por cuanto dicho cálculo no constituye un acto autónomo de la Tesorería General de la Seguridad Social sino un acto auxiliar de la resolución judicial practicado mediante los instrumentos técnicos de los que dispone la TG de la Seguridad Social, pero carente de autoridad por sí solo y susceptible de ser modificado por imperio de la resolución judicial a la que asiste.*

de prestación reconocida en su favor⁶⁸². Porque está fuera de toda duda que su destino es el trabajador no como acreedor sino como beneficiario.

El recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad se transmite a todas las prestaciones económicas derivadas de mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional que las hayan generado y ello con independencia de que se hayan reconocido antes o después de la primitiva declaración. De donde cabe concluir que afecta también a las pensiones de muerte y supervivencia nacidas del fallecimiento del trabajador, quedando afectas a su pago las cantidades constituidas por la empresa. Constituido el capital coste para atender esta finalidad en la Tesorería, el INSS debe pagar las mensualidades reconocidas, planteándose si este complemento debe acompañar siempre el devengo de la prestación o por el contrario debe mantenerse solo hasta que se agote esa cantidad en caso de no poderse recaudar más por la eventual desaparición de la empresa responsable⁶⁸³. En el tratamiento judicial a este supuesto se condensan las contradicciones de la figura que tratamos por cuanto no se llega a entender que desde la simplificación de la mecánica (se constituye el capital coste por la empresa responsable y se abona por el INSS) se alcancen soluciones finales tomando como premisas del enjuiciamiento aspectos muy controvertidos de la realidad que se aborda⁶⁸⁴. Por ejemplo, que se aplique a la viuda del incapacitado el recargo doce años después del accidente con el argumento de la transmisibilidad y que el mantenimiento del incremento de la pensión se limite en el tiempo a la existencia de capital. Ambas cuestiones nos parecen desatinadas: ni la viudedad que se causa transcurrida una docena de años puede tener causa en el accidente y sí en el fallecimiento mismo; ni una pensión puede estar condicionada a que haya o no fondos depositados por el empresario, porque eso no es pensión sino depósito gestionado por tercero, impropio de un marco público de protección. Lo examinamos a continuación:

1.- Respecto del primer aspecto, el de la transmisibilidad, sin duda existe un criterio expansivo apoyado en la presunción *iuris et de iure* de artículo 172.2 de la Ley General de la Seguridad Social o en la circunstancia de que la muerte del

⁶⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 diciembre 1984 (RJ 1984/6508): (.../...) *de tal suerte que siendo ejecutiva la Sentencia de la Magistratura de Trabajo en materia como la que aquí se decide, incluso cuando la misma haya sido recurrida (artículo 229-1 del Texto de Procedimiento Laboral) dicha ejecución ha de estar dirigida esencialmente al ingreso inmediato en el Servicio Común de la Seguridad Social, hoy Tesorería General, del capital necesario para producir las rentas fijadas... (.../...).*

⁶⁸³ Esta cuestión ha sido tratada por nuestros tribunales, con el resultado y planteamiento que se hace en este apartado, tomando como referencia la STSJ Andalucía-Málaga, sentencia núm. 1723/2012, de 31 octubre (AS 2013/2254).

⁶⁸⁴ En este punto advertimos la sugerente reflexión que suscita la reciente sentencia que dicta el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 15 de abril de 2016, recaída en el recurso de suplicación 4726/2015, que impone el abono del recargo a la Seguridad Social aun cuando no pueda ejecutarse el aval constituido por la empresa en su momento para garantizar su pago.

accidentado encuentre causa en las lesiones producidas en su día por la contingencia profesional y así se acredite durante los cinco años siguientes al accidente ¡y con independencia del tiempo transcurrido en los casos de enfermedad profesional!

2.- Y sobre el impago de la entidad gestora por haberse consumido el capital depositado, el argumento se construye a partir de la responsabilidad directa del empresario infractor que en absoluto puede alcanzar al Instituto gestor, ni siquiera por vía de subsidiariedad, al contemplarse el componente meramente sancionador del recargo⁶⁸⁵. Sin entrar en fundamentar su resolución se entiende que, dado el carácter comunicado de las prestaciones, el depósito ya hecho debe extenderse a las derivadas de muerte y supervivencia; y ante el hecho de empresa desaparecida, la prestación ya no puede incrementarse ni por la Tesorería recaudarse nada, determinando que lo que antes era pensión incrementada ahora deje de serlo por la imposibilidad de llevarse a cabo el ingreso. El empresario infractor es la fuente exclusiva del incremento, lo que constituye una paradoja condenada al fracaso, pues la vida de un empresario no es como la pensión vitalicia y ya sabemos con seguridad que esa contradicción no se va a mantener durante mucho tiempo y que el infractor primero (y deudor después) en algún momento dirá basta. Ese razonamiento no encuentra respaldo en la lógica de la Administración Pública que nada hace por buscar un remedio sostenible y coherente que sería bien seguir abonando el recargo, una vez hecho pensión, o sencillamente limitarlo en el tiempo; o suprimiéndolo del panorama protector para integrarlo en otros mecanismos de reparación hasta llegar a su eliminación por inconveniente y manifiestamente discriminatorio⁶⁸⁶.

Los problemas prácticos se acumulan⁶⁸⁷; ya no estamos en el marco de la transmisibilidad del recargo entre prestaciones con el mismo hecho causante y en la

⁶⁸⁵ La consecuencia a este razonamiento no se hace esperar para finalmente considerar *afecta al pago del recargo sobre la viudedad la cantidad abonada por la empresa como capital coste calculado en relación a la incapacidad permanente del trabajador fallecido y, el INSS obligado a realizar el pago de las mensualidades correspondientes reconocidas en su momento hasta el agotamiento de aquella cantidad, en tanto que resulta imposible realizar una liquidación y recaudación complementaria que se sume a la anterior por desaparición de la empresa responsable.*

⁶⁸⁶ En este último sentido se expresa DURÁN LÓPEZ, F. en su *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Editorial BOE, Madrid 2001.

⁶⁸⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 8 de marzo de 2005 (AS 2005/1272) que reitera la anterior de 6 de febrero de 2002 (AS 2002/1438): *Así, el empresario incumplidor no ha de abonar directamente el recargo al beneficiario de la prestación, sino que debe ingresar el importe correspondiente (capital-coste) en la Dirección Provincial de la TGSS, servicio común al que compete la liquidación y cobranza del recargo. Esto es, si el empresario resulta finalmente condenado al abono del recargo —ya sea porque no recurre la resolución del INSS. o porque, recurrida ésta, el orden jurisdiccional social entiende procedente la imposición del recargo—, ello no supone la condena al pago de una cantidad líquida que haya de abonar directamente al interesado y de la que éste sea acreedor, sino que realmente se le condena al empresario a que entregue en la TGSS la cantidad que ésta calcula como capital coste del recargo, debiendo recalcar que la*

circunstancia del agotamiento del capital porque la empresa desaparezca, sino en otro que viene al mismo tiempo a complementar y contradecir; porque si allí destaca el elemento sancionador, cuando hablamos del obligado a devolver un eventual exceso apuntamos directamente al responsable último del pago (no de la producción del accidente que ya sabemos que recae sobre el empresario infractor) cuya personificación es la Administración misma que, en ese papel de esquizofrenia que la ley le impone, concentra, de un lado, todo su esfuerzo en recaudar y administrar el depósito para seguidamente resistirse, llegado el caso, a su devolución cuando así se acuerda judicialmente sosteniendo que la misma corresponde al beneficiario como destinatario del recargo; en este juego de matices se esconde el rostro más perverso de la figura, pues su volatilidad permite al tiempo su deformación hasta extremos insospechados.

4.2. Devolución por nulidad.

La deuda es de Seguridad Social y la relación de pago no se establece entre trabajador y empresario sino entre éste y la Administración. Por ello, sin duda, el obligado a la devolución es la Tesorería que es el órgano no solo de recaudar y liquidar su cuantía sino de entregar su importe a la entidad gestora que no solo con carácter previo ha venido a declarar su existencia legal sino que ahora, además, queda sujeta a su efectivo desembolso. Así se completa el diseño de responsabilidad que puede esquematizarse del modo siguiente: 1) el trabajador accidentado no es propiamente acreedor del empresario incumplidor que resulta condenado al abono del recargo, sino solo beneficiario de dicho recargo; y 2) la deuda se contrae no con el trabajador, sino con la propia Seguridad Social.

Dos son los aspectos a destacar en este apartado: de un lado los sustantivos en relación con el destinatario y el obligado a realizar la devolución en caso de que así se declare; y de otro, las cuestiones de procedimiento y propiamente procesales que en su tramitación pueden darse. En cuanto al primero de los aspectos reseñados, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 mayo de 2006 (RJ 2006/2338) encuadra bien el marco de la reflexión acerca de cuánto y quién debe devolver el recargo ingresado previamente:

El mandato reglamentario obliga a recaudar y se recaudó. Y obliga a devolver, sin precisar quién deba hacerlo o en qué cuantía. Y es este precisamente el tema del litigio que no queda en absoluto resuelto con la aplicación de este precepto. Siendo la expuesta la única denuncia expresamente formulada, acaso bastaría con lo ya razonado para

capitalización realizada para proveer periódicamente el recargo revierte en el INSS cuando finaliza el deber de prestación.

desestimar el recurso, pero siendo así que en la argumentación se hace referencia al art. 91.3 del propio Real Decreto, es procedente su examen. El artículo 91 de ese reglamento regula los «efectos de la impugnación de las resoluciones de la Entidad Gestora en el procedimiento recaudatorio». Entre ellos, el apartado 3 establece, que: «Cuando por sentencia firme se anulare o se redujere la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial, la Mutua o, en su caso, la empresa recurrente tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alícuota, respectivamente, del capital que haya ingresado para satisfacer aquellos derechos, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna. Los reintegros o devoluciones a que se refiere el párrafo anterior se imputarán con cargo a presupuesto del Instituto Nacional de la Seguridad Social».

Por tanto en caso de anularse el recargo, la cuantía de éste no debe devolverse por el beneficiario al quedar exento de efectuar restitución alguna lo que da muestra de su carácter prestacional y del compromiso e implicación de la Administración de la Seguridad Social, por cuanto tales reintegros o devoluciones no se reclaman en contra del trabajador sino que se imputan con cargo a la Tesorería General de la Seguridad Social⁶⁸⁸. Las razones vienen reforzadas por la invocación a los principios de seguridad jurídica y atendiendo criterios de estricta justicia material:

En aras al cumplimiento del principio de seguridad jurídico, reproducimos el parecer jurisdiccional ya señalado; así decíamos: "(...) Estamos ante una situación no buscada por el trabajador y ha de ser la TGSS la que deba soportar la pérdida de las cantidades en cuestión, cantidades que han devenido indebidamente percibidas como consecuencia de la anulación del recargo de prestaciones impuesto.

Y ello sin necesidad de acudir a la vieja disquisición sobre la naturaleza del recargo por imponerse en este razonamiento tres coordenadas lógicas que resultan incontestables: no hay infracción alguna, debe reintegrarse lo indebidamente recaudado y el beneficiario debe quedar al margen de esa relación recaudatoria⁶⁸⁹, como refleja el siguiente párrafo:

A tal conclusión no cabe oponer el que la naturaleza del recargo sea punitiva, puesto que si no hay empresario infractor (y éste no existe si le han levantado el recargo) no hay "punción alguna", ni traslado de

⁶⁸⁸ Conforme al párrafo segundo el artículo 71 del vigente Reglamento de Recaudación en la redacción dada por el Real Decreto 897/2009 de 22 de mayo.

⁶⁸⁹ Así lo expresa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 1772/2006, de 23 mayo (JUR 2006/271020): (.../...) *Por todo ello el recurso ha de ser estimado, ya que no incumbe al trabajador (tercero ajeno a las relaciones monetarias entre recaudador y recaudado) devolver cantidad alguna al empresario sino que ello incumbe a la TGSS, debiendo el primero quedar absuelto de la condena que le fue impuesta en la sentencia de instancia.*

responsabilidad a ente ninguno. Simplemente se trata de retornar por el organismo público que recaudó el recargo, y a la parte que lo pagó (empresa), el total de la cantidad ingresada.

La mecánica recaudatoria queda muy clara en la exposición que de la misma hace la jurisdicción social en la aplicación de la norma reglamentaria⁶⁹⁰:

Así, el empresario incumplidor no ha de abonar directamente el recargo al beneficiario de la prestación, sino que debe ingresar el importe correspondiente (capital-coste) en la Dirección Provincial de la TGSS, servicio común al que compete la liquidación y cobranza del recargo. Esto es, si el empresario resulta finalmente condenado al abono del recargo —ya sea porque no recurre la resolución del INSS o porque, recurrida ésta, el orden jurisdiccional social entiende procedente la imposición del recargo—, ello no supone la condena al pago de una cantidad líquida que haya de abonar directamente al interesado y de la que éste sea acreedor, sino que realmente se le condena al empresario a que entregue en la TGSS la cantidad que ésta calcula como capital coste del recargo, debiendo recalcar que la capitalización realizada para proveer periódicamente el recargo revierte en el INSS cuando finaliza el deber de prestación».

Finalmente y en relación a los aspectos procesales que en su tramitación se manifiestan, el procedimiento ejecutivo es el adecuado para solicitar la devolución del recargo en caso de que éste se dejara sin efecto o se llegara a reducir en vía jurisdiccional. Y ello porque carecería de sentido *remitir a las partes al procedimiento declarativo, ya que estaban fijados todos los elementos de condena, y con el riesgo añadido de que pudieran recaer resoluciones contrapuestas*, según criterio incontestable de la jurisprudencia de la que es muestra y expresión la sentencia del Tribunal Supremo de 16 mayo de 2007 (RJ 2007/4636)⁶⁹¹.

4.3. Supuestos específicos.

Hemos visto que la competencia corresponde al orden jurisdiccional social y que la vía ejecutiva es la adecuada para solicitar la devolución en caso de revisión o

⁶⁹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia núm. 2046/2005 de 8 marzo (AS 2005/1272).

⁶⁹¹ En esta resolución se recoge la jurisprudencia constitucional, contenida en las sentencias del Alto Tribunal Político números 167/1987 y 194/1993, conforme a la cual *el derecho a la ejecución de las sentencias judiciales postula el que la reacción frente al comportamiento contrario a la sentencia pueda realizarse y esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución... solo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes... y solo así puede obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resulta incompatible con la tutela eficaz y no dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental.*

anulación del porcentaje. Pero quedan por analizar el tratamiento que cabe dar a supuestos muy específicos en que se dé un cambio de doctrina con el transcurso del tiempo a la vista del efecto declarativo original (1), fijar los aspectos que los intereses de capitalización comportan (2) y finalmente determinar la extensión de responsabilidad a quienes no fueron formalmente declarados responsables del abono (3).

(1) En relación con el primer punto, la declaración del recargo implica el reconocimiento de un derecho con proyección de futuro: es normal que los efectos se extiendan a lo largo de la vida de la prestación que se reconoce o que se incorpore a otras que en el tiempo se suceden; así, la responsabilidad inicialmente declarada afecta a una incapacidad temporal que puede convertirse en permanente hasta incidir en aspectos tales como la propia jubilación o las prestaciones por muerte y supervivencia. Y no solo por razón de la cuantía que inicialmente puede establecerse para modificarse después en las distintas instancias administrativas o judiciales, sino incluso para identificar a los verdaderos responsables de su abono ya sea por cambio o desaparición del empresario infractor ya porque se haya determinado la subsidiariedad de la entidad gestora como expresión de garantía de su pago, partiendo de situaciones de firmeza por no haber sido objeto de impugnación tales aspectos al tiempo de su declaración⁶⁹². Es este caso es indudable que debe imponerse la máxima conforme a la cual:

La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 de la Constitución Española.

(2) En cuanto a los intereses, se trata de determinar si el ingreso que haya de efectuar el empresario debe capitalizarse desde la fecha del accidente (que coincide con el hecho causante de la prestación) o si por contra debe situarse al momento de su liquidación por la entidad gestora y su posterior ingreso en la Tesorería. Y la respuesta sorprende porque aquí la naturaleza prestacional se impone con fuerza; esto es, los intereses se consideran parte misma de la prestación a satisfacer por la gestora y de no calcularse a fecha del devengo de ésta se entendería que la diferencia debe ser abonada por el INSS, por lo que es el infractor el obligado a su abono. Esta tesis, que entendemos lógica y coherente, también podría extenderse a la consideración misma del recargo para dotarle de carácter prestacional y derivar cuantas consecuencias le son propias, conforme con autoridad sostiene la sentencia de

⁶⁹² Este es el supuesto que estudia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentencia 1150/2001, de 12 noviembre (AS 2001/4528), que centra el objeto de su enjuiciamiento así: *No se trata solo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros órganos judiciales (y menos aún si se trata del mismo órgano judicial) sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla.*

Nuestro Más Alto Tribunal de 21 de julio de 2006 (RJ 2006/8051) que en este punto sostiene lo siguiente⁶⁹³:

2.- El recargo de prestaciones derivadas de accidente por infracción de las medidas de seguridad, aparte de sus características sancionadoras respecto del empresario incumplidor, tiene también, al menos respecto de los beneficiarios, la naturaleza de verdadera prestación de la Seguridad Social, como pone de relieve esta Sala de modo que el recargo sigue el mismo régimen que las prestaciones. Siendo esto así, como las prestaciones deben satisfacerse desde la fecha del hecho causante, es evidente que los elementos a tomar en cuenta para los cálculos actuariales en ese momento (tablas de mortalidad) arrojarían un capital coste superior al fijado en el momento posterior de la liquidación e ingreso, con el consiguiente perjuicio de la Tesorería que habrá de abonar la prestación desde aquella fecha, a no ser que se corrija ese desfase temporal mediante los intereses de capitalización (.../...). En definitiva, los intereses no son otra partida que deba añadirse al importe del capital coste por un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital coste en su actualización al momento del hecho causante, que es desde cuando debe pagarse la prestación incrementada por el recargo.

En igual sentido se expresa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria con número 524/2008 que dicta en fecha de 13 junio de 2008 (AS 2008\2424)⁶⁹⁴:

El cálculo del capital coste hubiera tenido una cuantía en el momento del hecho causante que no incluiría intereses alguno, pero cuando se hace años después, han de computarse, adicionándolos, los devengados por esa suma durante tal tiempo, pues la prestación ha de abonarse por la Gestora con efectos de aquella fecha inicial de la prestación y por tanto la cifra global del capital coste se debe incrementar con ellos. (.../...) Frente al argumento de que el Gobierno de Cantabria no está obligado a satisfacer intereses devengados durante un período anterior, ya que - dice- no ha sido objeto de condena en la sentencia que se ejecuta, los intereses, unos y otros, no son otra partida que deba añadirse al importe del capital coste, sino parte del capital coste, de obligada fijación,

⁶⁹³ La misma resolución deja claro, centrando la cuestión, que (.../...) *No se habla por tanto de intereses moratorios por el retraso en el ingreso de una deuda líquida, sino de fijar el capital coste necesario para abonar las prestaciones, ya incrementadas por el recargo, desde el momento del hecho causante, ya que, como señala la sentencia de nuestra Sala de 27 de junio de 1996 (RJ 1996/5391), Rec. núm. 2658/95, «los intereses de capitalización constituyen un acto único».*

⁶⁹⁴ En el enjuiciamiento señala la referencia de jurisprudencia a que se remite, indicando que la *sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2001 (RJ 2001/7082) señala cómo «lo más importante, a deducir de esta regulación, es que el ingreso o la recaudación de un capital coste de renta y el de los intereses de capitalización, constituyen un acto único», referido a «un débito integrado por conceptos institucionalmente inescindibles (capital de pensión más intereses de capitalización)».*

siquiera, como es el caso, posterior, y consecuencia de la misma sentencia comentada en cuanto establece determinadas responsabilidades de Seguridad Social, de manera que su fijación es, reiteramos, inherente al mismo cumplimiento de dicha resolución, que, por ello, no contradice.

Y reforzando el planteamiento anterior, también por el Tribunal Superior de Aragón en la sentencia número 926/2000 de 2 octubre del año 2000 (AS 2000\3397) se ha tratado el espinoso tema de los intereses fijando con determinación su naturaleza y alcance:

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que no estamos ante unos intereses moratorios sino de capitalización correctora del desfase temporal existente entre la exigencia de abonar a los referidos beneficiarios el recargo de prestaciones desde la fecha del hecho causante y el momento en que las empresas infractoras han tenido que efectuar la capitalización (que estaba referida a aquella primera fecha). Como ha expresado la Sala ya en alguna ocasión anterior, el cálculo del capital coste hubiera tenido una cuantía en el momento del hecho causante que no incluiría intereses alguno, pero cuando se hace años después, han de computarse, adicionándolos, los devengados por ese capital durante tal tiempo, pues el recargo ha de abonarse por la Gestora con efectos de aquella fecha inicial de la prestación y por tanto la cifra global del capital coste se debe incrementar con ellos para saber exactamente cuál es el valor actualizado del recargo impuesto.

(3) Finalmente, y en cuanto al supuesto específico que plantea la extensión de responsabilidad a otros sujetos en el marco del procedimiento recaudatorio, venimos manteniendo que la noción de empresario infractor es relativa y que su alcance puede variar en función del grado de implicación, como tuvimos ocasión de advertir respecto de las contratas, empresas de trabajo temporal y otras, hasta alcanzar a quienes están encargadas de la vigilancia y el control de la normativa. Y ahora, en la recaudación del recargo, este destacado aspecto -a los fines del presente trabajo- se torna nuclear cuando asistimos a la posibilidad de extender la responsabilidad a quien no tiene la consideración de autor material de la infracción pero en cambio sí asume el papel de éste a lo largo del tiempo. Se trata del procedimiento llamado de *derivación de responsabilidad* del que el artículo 13 del Reglamento trata bajo la denominación bien expresiva de *responsables solidarios*, y que *mutatis mutandi* viene a representar la traslación de la doctrina del levantamiento del velo al procedimiento administrativo de recaudación. O si mejor se quiere, sin necesidad de llegar al punto de fraude y abuso manifiesto de derecho que pudiera justificar tal doctrina para destruir la apariencia societaria inculcando a las personas físicas que tras de ella se esconden, podría hablarse de una situación anómala en el contexto de un grupo de empresas en virtud de la cual la nueva sociedad se instituye también

como empleadora en calidad de receptora (por extensión) de los servicios del trabajador beneficiario de prestación⁶⁹⁵.

Y de nuevo la *ficta iuris* al rescate de una solución de equidad se impone, porque lo importante no es la denominación de apariencia o que incluso la constitución de la nueva sociedad sea posterior al accidente. Aquí el factor relevante, lo decisivo para dar sentido al precepto, es declarar la responsabilidad del grupo con independencia de las máscaras que pueda ir adquiriendo o soltando a lo largo del tiempo, toda vez *la falta de personalidad del grupo ha de resolverse mediante la condena solidaria a todos sus integrantes*, conforme al incontestable criterio de equidad que sigue:

*Por ello, estando vigente una deuda laboral, la integración de una sociedad en un grupo de sociedades a efectos laborales implica que la misma pasa a ser responsable solidaria junto con las demás empresas del grupo por el abono de la misma*⁶⁹⁶.

La metáfora nos lleva a conclusiones jurídicamente razonables porque si este discurso tan aseado como valiente -que pasa por determinar la responsabilidad del verdadero culpable de la deuda eliminando odiosas instrumentaciones- lo transportamos al ámbito de la intervención pública más allá de la búsqueda del papel de deudor⁶⁹⁷, deberíamos admitir que al menos también la Administración debe tener un lugar destacado no solo en agudizar la vista contra los deudores ocultos o sobrevenidos en el ámbito de la recaudación del recargo sino también en la producción de sus efectos, como destacada y singularmente marca el hilo conductor del presente trabajo.

⁶⁹⁵ Es el supuesto que estudia el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en sentencia núm. 1104/2006, de 7 julio (AS 2006/2396): (.../...) *Por tanto la diferencia esencial que a efectos de los presentes autos resulta es que el primer criterio, el del levantamiento del velo, llevaría a traspasar la apariencia formal constituida por todo el conjunto de personas jurídicas creadas sucesivamente por las mismas tres personas, declarando a éstas responsables de las obligaciones laborales solidariamente con todas las sociedades, mientras que el criterio del grupo de sociedades obvia la condena solidaria a los socios y se queda en el conjunto de sociedades a través de las cuales éstos han instrumentado su actividad personal.*

⁶⁹⁶ El criterio es idéntico al que se aplica en el caso de sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, conforme tiene establecido por evidente analogía la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en los casos de sucesión de empresas en sentencia de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/6108): (.../...) *En definitiva al entrar a formar parte de un grupo de sociedades se entra a formar igualmente parte de las relaciones laborales de ese grupo, lo que incluye las deudas pretéritas, incluso de quienes fueron trabajadores del grupo y ya no lo son en el momento de la integración de la nueva sociedad.*

⁶⁹⁷ Ello se entiende al amparo de la doctrina establecida al respecto por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005/9702), según la cual la expresión “recaer sobre el empresario infractor” *ha de completarse en cada caso con la remisión al análisis del supuesto o supuestos previstos en aquellas normas específicas para determinar, en suma, si es uno solo o son varios los empresarios responsables.* La remisión se hace por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de junio de 2011 (AS 2011/2370).

El párrafo que sigue, extraído de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de junio de 2011 (AS 2011/2370), es muestra de cuanto sostenemos:

(.../...) la doctrina del "levantamiento del velo ... parte de la obligación de los órganos jurisdiccionales de desechar los formalismos o coberturas en los sujetos responsables, desvelando su verdadera identidad, obligación que tiene su último fundamento en el principio constitucional de tutela judicial efectiva ... y, más remotamente, en el valor superior de la justicia que proclama el primer artículo de la Constitución; tampoco puede olvidarse toda la carga de antiformalismo que contiene el art. 6.4 del Código Civil, como precepto sustantivo general que consagra la proscripción del fraude de Ley ni, en el aspecto adjetivo, la del art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta actividad indagatoria de los Tribunales de Justicia, que les aleja de la posición pasiva propia de la clásica contienda del Derecho Privado, se refuerza en el campo del Derecho Laboral, tuitivo por naturaleza, vocación histórica y mandato constitucional (arts. 7, 28, 35, 37 y 40 de la Carta Magna) de tal forma que, los Tribunales de Justicia del Orden Laboral tienen la función de sacar a la luz la realidad material que subyace en las prestaciones de servicios, no pudiendo admitir la mera existencia formal de una situación de cobertura que perjudica al operario⁶⁹⁸.

Se trata, pues, en tales ocasiones de hacer abstracción de la personalidad jurídica de las sociedades, o de alguno de sus atributos, derogando las reglas de la persona moral o jurídica, al imponerle así la realidad de la vida y el poder de los hechos -o la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas-, de tal manera que la responsabilidad de socios y administradores puede fundamentarse también en su cualidad de empresarios reales, cuando la personificación jurídica que por regla general limita la responsabilidad al patrimonio social se revela fraudulenta precisamente mediante la técnica del "levantamiento del velo"⁶⁹⁹.

El corolario no puede ser más expresivo y demoledor: sin duda es el triunfo de la solidaridad en el ámbito de las relaciones sociales que inspira otros esquemas como el que desde este trabajo venimos alentando con respecto al recargo de prestaciones

⁶⁹⁸ Y cierra el párrafo con esta deliciosa muestra de literatura jurídica: *En este marco, la doctrina del levantamiento del velo se endereza a constatar quién es el empresario real, penetrando en el «substratum» personal de los demandados, prescindiendo de la forma externa para examinar los intereses reales que laten en su interior*" (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de septiembre de 2008, AS 2008/2836).

⁶⁹⁹ La sentencia comentada termina así su reflexión: *(.../...) es decir, un planteamiento éste plenamente aplicable al caso que nos ocupa, en el que la personificación jurídica de las sociedades, con la consiguiente limitación de responsabilidad, debe sobrepasarse para alcanzar la de los socios, al existir tal interrelación de bienes, intereses, derechos y obligaciones de la familia, que ha generado una situación de confusión de actividades, propiedades y patrimonios, debiendo por ello extenderse la responsabilidad solidaria de las deudas salariales a las personas físicas por cuenta de las que efectivamente ha prestado el trabajo el demandante.*

por omisión de las medidas de seguridad del empresario, sí; pero también...por la inobservancia administrativa de la reglamentación sobre prevención de riesgos, como en el siguiente capítulo culminamos.

5.- LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL.

Hemos puesto de manifiesto que los tribunales no son ajenos a la problemática de sombras e intereses encontrados que a menudo presenta la dinámica del recargo. En este descenso a la realidad -que fija el rumbo del presente capítulo- hemos tratado de ir más allá del diseño teórico legal que al principio desarrollamos para adentrarnos en el objetivo y finalidad de una institución útil en su concepción pero que languidece por inoperante y confusa. Empezando por su compleja naturaleza, siguiendo por su malograda reforma constante -a base de las continuas dentelladas que viene sufriendo en su aplicación práctica- para terminar en la desigual protección que los distintos órdenes jurisdiccionales le vienen dando. Por ello se hace preciso aportar una visión estática con el propósito de observar en panorámica y conocer su atmósfera en quietud, admirando o reprochando en su caso el comportamiento crítico o protector de nuestros tribunales para a continuación, en otro apartado, dotar de movimiento dicha observación determinando si los procedimientos son favorables a la reparación integral del daño que como objetivo se postula; y finalmente, hacer las oportunas propuestas que puedan contribuir a su mejora.

Se plantea la clase de procedimiento y la acumulación de acciones que cabe aplicar al recargo tras la reforma procesal operada en los artículos 151 y siguientes de la ley 36/2011, en que se regula el procedimiento especial de impugnación de actos administrativos. Sobre la primera cuestión, la elección de una vía u otra -prestacional o no- viene dada por el momento en que se formule la demanda: si contra el acta de infracción o si contra la resolución de la entidad gestora. Y sobre la acumulación -ya de acciones ya de procesos- es ilustrativa la sentencia del TSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2014 (JUR 2014/115481) que indaga sobre los principios de coherencia, eficacia y racionalidad que deben inspirar el proceso, aunque el sentido práctico deba ponerse en el voto particular que incorpora expresiones y calificativos muy críticos a la nulidad de actuaciones que se acuerda por ir en contra del principio de tutela efectiva; de ahí que se mantenga un línea crítica muy acusada porque los efectos que acarrea la imposibilidad de aseguramiento del recargo pueden ser devastadores en las pequeñas y medianas empresas, añadiéndose que resulta todo un exceso, incompatible con los más elementales principios del régimen sancionador, la imputación de responsabilidad que obliga al empresario a extremar la diligencia más

allá de las obligaciones reglamentarias, conforme el antecedente que contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 (RJ 2010/6775)⁷⁰⁰.

5.1. Insuficiente y confusa.

Al constatar las distintas vertientes procedimentales vimos cómo el detonante de la infracción en materia de medias de seguridad abría un colorista panel de posibilidades en distintos planos de actuación: así, desde el estricto marco sancionador administrativo que se inicia con la actuación inspectora podíamos llegar al ámbito penal si contemplamos la vertiente más grave del reproche social, transitando naturalmente por la civil si entendemos que la indemnización por daños debe situarse en términos de reparación íntegra para finalmente pasar por el filtro natural que el orden jurisdiccional social representa en materia de recargo de prestaciones como materia de Seguridad Social que inevitablemente comporta⁷⁰¹.

Ante esa incontestable realidad, ante la fragmentación de vías y efectos, la complejidad resulta inevitable. Cabe preguntarse entonces por el papel que han jugado los tribunales en el devenir de la cuestión a lo largo del tiempo. Y responder con cautela que se ha limitado a lo que el marco legal les ha ido permitiendo, porque en efecto una cosa es la regulación normativa y otra muy distinta el alcance que los jueces puedan dar a la resolución de un conflicto particular. La evolución legislativa del recargo también ha sido objeto de estudio y ante su expresión objetiva poco cabe añadir; ahora bien, el criterio o los argumentos empleados por los jueces sí están dotados de variedad y sujetos a contraste porque la sensibilidad o el sentido de justicia mutan en función del intérprete de una realidad cambiante y matizada, máxime si la tendencia que se marca viene determinada por un criterio de rango o autoridad. En dicha tarea no faltan argumentos; y así hemos ido viendo cómo la naturaleza de la institución que estudiamos ha venido modificándose con el paso del tiempo y cómo sus efectos se han ido ajustando a los distintos criterios e intereses en juego. No hay mejor signo de disfuncionalidad que confiarse en un instrumento pensando que tiene la virtualidad de remediar un problema para al poco tiempo constatar que todas las soluciones se encuentran al otro lado del escaparate y que, aunque todo está disponible y a la vista, resulta complicado (cuando no misión imposible) obtener una mínima satisfacción material, eficaz y razonable: cuando sobreviene el accidente por infracción del deber de seguridad del empresario -y se ha producido un daño que puede tener manifestaciones diversas y carencias que afecten a todos los órdenes de la vida del trabajador- no podemos desglosar infantilmente cada una de las regiones del daño, sino entender que solo hay una causa y un lógico

⁷⁰⁰ OLIVER REUS, A., *Procedimiento adecuado y reglas de acumulación en los procesos de recargo de prestaciones e impugnación de sanción*. Revista Española de Derecho del Trabajo número 171/2014, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2014.

⁷⁰¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *Accidente de trabajo, responsabilidad patrimonial del empresario y orden jurisdiccional competente*, Relaciones Laborales nº 14, 2007.

despliegue de componentes. Por eso la invocación a la solidaridad no puede ser gratuita porque las partes del todo están unidas de raíz y el tratamiento ha de ser único. Y por eso también pensamos que las veleidades y el detallismo sobre la ingeniería de vías y el opaco tránsito circulatorio de los mecanismos reparadores del daño no son más que la burda coartada que algunos emplean para impedir el objetivo de reparación íntegra que el accidentado y sus causahabientes merecen por ley y dignidad.

En esta atmósfera no movemos para sostener abiertamente que los tribunales, valga la metáfora, han venido siendo manto y espejo de una situación tolerada; lo primero porque han tapado la impotencia y las limitaciones de una materia que por concepto solo cubre parcialmente el daño real que toda contingencia profesional comporta, revelándose como verdaderos guardianes de su cortedad. Y después, porque salvo excepciones se ha venido echando de menos una crítica sistemática que aporte vías de escape a tanta confusión. La foto fija, pues, apunta a una figura sostenida artificialmente con puntales aparentemente firmes pero anclados en un cimiento inestable.

Y del retrato pasamos a la imagen en movimiento. Y como por razón física acontece, descendemos desde la formulación teórica a la realidad de la casuística. Es el momento de decir con sonora gravedad que la reparación íntegra es una entelequia en la práctica de los tribunales. Ya no es cuestión de peregrinajes, sino de constatar que el legislador parece asumir la quebradiza naturaleza del recargo (y sus oscuros y contrastados efectos) guiado solo por el propósito de mantenerlo con vida⁷⁰². Porque asistimos a un perverso espejismo: dando la apariencia de que sirve al objetivo de la reparación, se oculta una realidad determinada por la cruda estadística de sus tiempos y resultados. Basta un simple recuento de datos para comprobar los defectos del sistema en el objetivo de satisfacer el daño. Y no estamos en la complejidad del laberinto de vías que suponen los distintos órdenes jurisdiccionales concurrentes porque, al margen de la dificultad que por este motivo puede darse, cabría tomar en consideración solo algunos aspectos del recargo para detectar cuán complejo es el recorrido a seguir para la obtención de un resultado provechoso....en las ocasiones en que éste se produce.

⁷⁰² Sobre el largo peregrinaje procesal es bien expresiva la ácida y abierta crítica que vierte, al constatarla desde su atalaya de autoridad, un destacado y eximio miembro del Tribunal Supremo: *Un accidente de trabajo puede dar lugar a cinco procesos: un proceso laboral para reclamar las prestaciones de Seguridad Social y otro para el recargo, a los que hay que añadir un proceso civil o social para pedir la indemnización civil adicional, aparte de los procesos contencioso-administrativo y penal que pueden suscitarse para debatir las responsabilidades en materia sancionadora, que condicionan la aplicación del recargo. El número de procesos puede multiplicarse si, como sucede con alguna frecuencia, el accidente da lugar a distintas situaciones protegidas (incapacidad temporal, incapacidad permanente y muerte). Esto produce interferencias, retrasos y resoluciones contradicciones.* DESDENTANDO BONETE, A., en *El daño y su valoración en los accidentes de trabajo*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número 79 (2009).

Por eso nos parece apropiada la imagen de la tortuga vieja que doble y necesariamente -por razón de mera biología- se ve obligada a desplazarse con reforzada lentitud para preguntarse al final de su recorrido si realmente ha merecido la pena la aventura. Ese es el factor de desmotivación que encierra el recargo, atrapado en el filtro del tiempo y los costes. En el escaparate hay recursos para todos los gustos: nos van a hablar de equidad, de reparación integral, de fraudes y oportunidades; se van a poder corregir muchos errores intencionados e indemnizar perjuicios y afrentas, pero al final nos seguiremos preguntando a quién beneficia esta carrera de obstáculos interminable que que quizá estemos arrepentidos de haber iniciado.

5.2. Propuesta de concentración y eficacia.

Naturalmente el estado de cosas descrito no ha llegado por azar. A la aparente indiferencia del legislador hemos de sumar la inevitable complicidad de los tribunales en el mantenimiento de la confusión jurisdiccional y el freno a una salida definitiva de reparación integral del daño. Es éste un concepto amplio que, según venimos manifestando, desborda el marco conceptual del recargo. Pero ninguna dificultad hay para sistematizar los errores pasados y ordenar la figura sobre bases estables que permitan contar con unas reglas de juego seguras. Por eficacia sobre todo, pero también por responsabilidad.

Es el recargo parte de una solución integral, pues en definitiva solo se trata de una prestación con origen en una infracción a la normativa de seguridad en el trabajo. El marco sin duda es el escenario laboral. Y con independencia de identificar al responsable último del que hablaremos en el capítulo siguiente, es lo cierto que constituye aspecto nuclear determinar ahora el medio físico en que aquélla se produce. De ahí que sea tarea previa fijar si debe existir un solo centro de decisión o varios en función de la clase, rango, identidad, configuración o ropaje externo de cada uno de los aspectos que nacen al calor de una conducta infractora única por muchas que sean sus derivaciones. Porque si hablamos de que el recargo es simple fragmento, debemos asumir primero que existen otros factores tendentes a la consecución de un mismo objetivo reparador para deducir después que, del mismo modo que lo accesorio sigue a lo principal en el orden procesal, también toda cuestión prejudicial debe ajustarse a la competencia del tribunal que entienda de la pretensión elemental, reforzada así con la cualidad de indivisible.

Estos son los trazos con los que ilustrar el remedio propuesto:

- 1.- El accidente o la enfermedad profesionales son resultado de la infracción del empresario.

2.- Este incumplimiento determina a su vez una consecuencia dañosa en el trabajador que viene cubierta por el aseguramiento público en que la prestación de Seguridad Social se constituye.

3.- Nuestro sistema ha querido privilegiar las prestaciones así nacidas con un incremento de cuantía.

4.- Tal añadido se hace con cargo al empresario infractor.

5.- El objetivo final viene dado por la obtención de reparación íntegra⁷⁰³.

Pues bien -sin perjuicio de abordar con detenimiento y de forma separada las claves de este proceso lógico- es lo cierto que toda su evolución (desde el hecho causante mismo hasta la culminación indemnizatoria final) podría y debería pasar por un elemental criterio de congruencia y abordarse en un solo cauce unificado que tuviera por objeto simplificar una solución rápida y eficaz⁷⁰⁴. Y argumentos para ello existen porque ya se han dado; en el apartado anterior vimos cómo la competencia en aspectos sustanciales conectados a la recaudación del recargo (en los supuestos de revisión o anulación del porcentaje) corresponde al orden laboral con el argumento de que el objeto de nuestro estudio constituye materia de Seguridad Social. Pero para ello tiene que existir la determinación final, sólida y estable de que este peculiar incremento en su conjunto se alza como una verdadera prestación aunque sin duda tenga un componente sancionatorio del que no puede librarse porque forma parte de su código genético. Y siendo prestación sin duda debe propiciar necesariamente el conocimiento de los órganos de la jurisdicción social, incluso para determinar la indemnización complementaria que proceda según la gravedad de la infracción y del total de las circunstancias concurrentes en su producción. Y con este alcance, escenario y resultado el pleito debe agotarse por simplificación y eficacia.

⁷⁰³ Como venimos sosteniendo, es justo la culpa del empresario la que hace nacer la indemnización civil adicional que debe sumarse a la prestación de Seguridad Social hasta alcanzar la reparación íntegra.

⁷⁰⁴ En contra tenemos el criterio tradicional del Tribunal Supremo del que es muestra la sentencia de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992/8451) sustentado en razones que, a su juicio, resultan indisponibles: *Por tanto, la ocasional acumulación por el Instituto de estos dos tipos tan diferenciados de actuación, no tiene incidencia en la impugnación jurisdiccional que corresponde, como se ha expuesto, a dos órdenes jurisdiccionales diferentes, en virtud de reglas sobre competencia de carácter indisponible. Así sucede también en materia de infracciones de las medidas de seguridad en los casos de accidentes, en que de la impugnación de la sanción impuesta por la Administración conoce el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y del incremento que por dicha infracción se produzca o se deba producir en la prestación conoce el orden social de la jurisdicción. Por todo ello es ajustada a derecho la sentencia recurrida en cuanto declara la competencia para conocer del particular referido al reintegro de la prestación, y deja de serlo cuando pretende conocer de la impugnación de una sanción administrativa de pérdida de la pensión por tres meses, del mismo modo que la sentencia de contraste contiene doctrina correcta cuando se declara incompetente para conocer de la impugnación de la sanción, y se separa de la buena doctrina cuando extiende la declaración de incompetencia al conocimiento del reintegro de prestaciones.*

Y comoquiera que la Administración ha determinado que se trata de una prestación, debe por ello ser susceptible de aseguramiento y anticipo, debiendo subrogarse en todo el potencial que pueda esconder para demandar del resto de responsables las consecuencias que procedan, pero dejando de un lado al trabajador. Y eventualmente y en su nombre, conforme a su papel de garante, reclamar pena para el delincuente si quebranto social existe, multa si vulneración de norma administrativa o complementos de indemnización si no se satisface cabalmente el agravio. Pero en el proceso único del orden social debe hacerse declaración de responsabilidad, fijarse la cuantía del recargo propiamente y buscarse además una reparación indemnizatoria final que cierre el marco de actuaciones con referencia al trabajador. Y ello sin perjuicio de las que la Administración, ya subrogada, pueda ejercitar.

CAPÍTULO VII

DE LOS OBLIGADOS A REPARAR

1. Planteamiento y ejes de la cuestión.
 - 1.1. Responsabilidad por hecho ajeno.
 - 1.2. El empresario infractor.
 - 1.2.1. Empresario real y aparente.
 - 1.2.2. Nuevas manifestaciones.
 - 1.2.3. La empresa como institución social.
 - 1.2.4. Comunidades de bienes.
2. La dependencia como vínculo y obligación.
 - 2.1. La tercera persona.
 - 2.2. Protección descendente.
3. El compromiso público.
 - 3.1. Elementos nucleares.
 - 3.2. Administración y culpabilidad.
 - 3.2.1. Papel de garantía.
 - 3.2.2. Principio de personalidad y voluntariedad.
 - 3.2.3. Efectos de la mera inobservancia.
 - 3.2.4. Imputación sucesiva.
 - 3.3. Diversidad de autores.
4. Deber de protección e infracción social.
 - 4.1. La prevención como obligación administrativa.
 - 4.2. La infracción en el orden social.
 - 4.2.1. Falta de vigilancia.
 - 4.2.3. Autoría, negligencia y graduación
5. Derivaciones finales.
 - 5.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración.

5.1.1. Mecanismo integrador público de reparación.

5.1.2. Ámbitos de actuación.

5.1.3. Dinámica y alcance.

5.2. Propuesta de regeneración.

5.2.1. El recargo hoy.

5.2.2. A modo de cierre (provisional).

CAPÍTULO VII

DE LOS OBLIGADOS A REPARAR

1.- PLANTEAMIENTO Y EJES DE LA CUESTIÓN.

1.1. Responsabilidad por hecho ajeno.

El basamento de responsabilidad sin duda debemos encontrarlo en la llamada *responsabilidad por hecho ajeno*, expresión ésta del todo sugestiva que nace a la luz del artículo 1903 del Código Civil y nos acerca de forma directa a la médula de nuestra propuesta⁷⁰⁵. Sin duda, cabe responder por los hechos que otros cometen. El citado precepto es buena muestra de este axioma al determinar los supuestos de la llamada *responsabilidad por hecho ajeno*, noción amplia ésta que acoge supuestos donde rige una razón de dependencia. Así vemos cómo el precepto regula la relación existente tanto en el ámbito familiar como en el profesional o educativo, determinando una responsabilidad directa de quienes tienen el deber de vigilar, elegir o prestar cuidado y atención a otros⁷⁰⁶.

Ya no se trata de responder directamente por haber causado un daño en primera persona conforme al postulado primario de responsabilidad del artículo 1902 de la misma norma básica, sino de fijar otra responsabilidad directa, que no es subsidiaria de ninguna otra, para quienes están en un marco determinado de proximidad y son parte necesaria en la producción del resultado dañoso, ya sea por acción u omisión⁷⁰⁷. Vemos así que el precepto contempla diversos supuestos, alcanzando a los actos u omisiones *de aquellas personas de quienes se debe responder*: los padres por los hijos, los tutores por los menores e incapacitados, los dueños o directores de establecimientos o empresas por sus dependientes y los profesores o entidades por los alumnos. Se establecen así dos frentes nítidamente separados: los responsables y las personas dependientes, que a su vez no quedan exonerados totalmente de

⁷⁰⁵ Ver el estudio de GARCÍA VARELA, R., *La responsabilidad por hecho ajeno*. Diario La Ley, N° 6874, Sección Columna, 1 Feb. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY.

⁷⁰⁶ En esta materia es de consulta obligada la obra *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y Derecho procesal* de Jaime Santos Briz, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981.

⁷⁰⁷ Para abordar el estudio de este apartado no puede prescindirse de la obra general y en particular del artículo doctrinal del profesor Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n° 4, *La responsabilidad en el Derecho*, 2000.

responsabilidad porque si se detecta la propia deberán asumirla conforme a la regla primaria contenida en el artículo anterior, verdadero núcleo del sistema, que impone la reparación del daño en aplicación del viejo aforismo romano *non alterum laedere*.

De este modo ya contamos con una regla de partida: el hecho de responder por otro no evita la del autor de la acción o la omisión punible. Es decir, junto al empresario infractor de una norma de seguridad cabe exigir además otra responsabilidad, que en el ámbito estrictamente civil sería la del padre, el tutor, el maestro e incluso el centro escolar, pero que en el marco de las relaciones laborales (y una vez hemos comprobado la eficacia de este elemental precepto civil, conforme al cual el empresario responde por su dependiente ante el quebranto objetivo de su deber de seguridad) también se hace posible extenderla al ámbito de la Administración Pública como lo pone de manifiesto la propia remisión que el sexto párrafo del precepto hace a los centros educativos, esto es, *a las personas o entidades titulares de centros de enseñanza*, sin distinción entre los de naturaleza pública o privada.

Sobre el alcance de los supuestos contemplados y su posibilidad de hacer aplicación analógica se admite en general que no es lista tasada y que por tanto cabe su ampliación a cuantas relaciones de convivencia social sean origen de dependencia; de hecho es perfectamente aplicable a las relaciones de jerarquía que se imponen en todos los ámbitos conforme al criterio de adaptación a la realidad social que el propio Código Civil recoge. Ese es justo el motivo por el que la extensión de responsabilidad terminara por alcanzar a los titulares de los centros docentes en la reforma que del precepto de referencia se hizo por ley 1/1991, de igual modo que también afectó a las contratas y subcontratas cuya determinación expansiva ya tuvimos ocasión de desarrollar.

La responsabilidad civil del empresario en el marco que estamos tratando sin duda se muestra de marcado acento objetivo como lo evidencia la posibilidad de repetir el pago del daño causado contra el autor conforme el artículo 1904 de la norma básica civil dispone. Pero la evolución hacia la objetivación de la misma entronca con certeza en el poder directivo del empresario y, por ende, en la nota de la dependencia que destacadamente se sitúa entre los rasgos definitorios del contrato de trabajo. También la noción de riesgo que se encuentra presente en toda actividad retribuida y donde la seguridad y la prevención son aspectos de inexcusable cumplimiento. No es cuestión de voluntariedad porque el siniestro puede sobrevenir en todo tiempo y diversidad de escenarios, al margen de toda previsión. De ahí que la única causa exculpatoria de la responsabilidad sea haber empleado toda la diligencia debida. Pero más tarde analizaremos que dicho nivel de exigencia en la prevención del riesgo se presenta como una simple entelequia de imposible cumplimiento, porque siempre habrá una sombra de duda, un resquicio por donde imputar el daño a la persona de quien no previó todo lo que a su alcance estuvo. Porque es lo cierto que los límites son a menudo espejismos en el horizonte donde todavía hay espacio y territorios por

explorar: siempre hay un más allá de lo que a simple vista percibimos. Aunque sea milimétrico.

Por ello, en la llamada culpa *in operando* del empleado interviene el factor de contratación inicial pero es en el desarrollo de la actividad cuando madura la responsabilidad por hecho ajeno que se centra en la observancia de la tarea, es decir, en el grado de vigilancia que al empresario corresponde no tanto por la acción individual del trabajador que incumple sino por las circunstancias del entorno y la diligencia en la adopción de medidas para prevenir las situaciones de riesgo⁷⁰⁸. En este sentido es importante la configuración que nos viene dada desde el ámbito de una jurisprudencia civil que se muestra inflexible a la hora de fijar el papel que al titular del medio corresponde adoptar respecto de las condiciones en que la prestación de servicios se desarrolla. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de noviembre de 2007 (RJ 2008/14) dictada en unificación de doctrina marca una línea segura en la determinación de la responsabilidad por hecho ajeno, cuando extiende ésta a la empresa sanitaria que no ha previsto las condiciones de riesgo a que se expone toda intervención quirúrgica y sus complicaciones, poniendo énfasis en factores más allá de los elementos materiales para hacer una extensión en los aspectos espirituales o inmateriales igualmente concurrentes: la formación del personal sanitario es responsabilidad de quien contrata y vigila su comportamiento en el desempeño de la tarea, esto es del centro, y la confianza que los usuarios, clientes y terceros merecen no debe verse quebrantada, pues de lo contrario -acontecido el daño- procede la reparación de quien no supo prevenir o actuó con manifiesta falta de diligencia, toda vez...

...el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios es susceptible de determinar la existencia de responsabilidad por hecho de otro con arreglo al artículo 1903 CC, salvo que no haya dependencia funcional con el cirujano a quien se imputa la causación del daño.

En este campo⁷⁰⁹ existe una dilatada carrera donde los vehículos vienen transitando por un firme uniforme y seguro, aunque no exento de irregularidades y algún que otro bache. A este estado se ha llegado después de un largo periplo marcado por las vicisitudes propias de toda evolución histórica pero, sin duda alguna, apuntalado por el origen fuerte de la máxima civil contenido en el artículo 1903 del Código Civil y guiado en su devenir por la realidad social que ha impuesto la asimilación de conceptos tales como dependencia y solidaridad.

⁷⁰⁸ El Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social, Sección 1ª) en la reciente sentencia núm. 99/2016 de 22 febrero estudia el supuesto un atropello por carretilla producido por un apilamiento transitorio de palés que invaden parcialmente la zona de paso de peatones en el centro laboral y dificultan la visibilidad de tránsito. Con independencia de la imprudencia del operario se fija la oportuna relación de causalidad determinante de la responsabilidad de la empresa.

⁷⁰⁹ Por todas, STS (1ª) de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552).

1.2. El empresario infractor.

La noción de empresa⁷¹⁰ se ha visto presidida por una reconstrucción permanente que arranca con la persona física hasta madurar en las sociedades de capital y llegar a los grupos y las uniones temporales, entre otras figuras y manifestaciones de su camaleónico aspecto, a veces indeterminado cuando no oculto⁷¹¹. Por ello en la elaboración del concepto de empresario debemos partir de que la persona jurídica en el tráfico jurídico es siempre producto de los intereses de las personas físicas que en ella se residen, convirtiéndose en su máscara⁷¹². Con esta premisa debemos partir de que la noción misma de empresario responde a una imagen asociada al reconocimiento de la alienación expresa como drama ínsito en el origen del contrato de trabajo y que de buen grado viene a explicar el origen de la emergencia del propio Derecho del Trabajo. Ha pasado más de un siglo desde entonces y en la actualidad asistimos a lo que pudiera entenderse como una demolición no solo de las figuras clásicas de empresa y trabajador sino de todo el Derecho del Trabajo, que parece mostrarse en un proceso de constante huida mediante el fenómeno de la descentralización y viene alumbrando un nuevo paradigma de empresa unido a lo que se percibe como un *dislocamiento normativo* a resultas del influjo que provoca el sistema económico en la empresa como organización productiva. De ahí que vengamos asistiendo a un debate muy interesante sobre la evolución de ésta consistente en determinar en qué medida la función directiva empresarial puede separarse del capital, independizándose e incluso oponiéndose a él⁷¹³, lo que sin duda viene a complicar la búsqueda y fijación de eventuales responsabilidades, extendiendo un manto de opacidad en la identificación de los productores del daño cuando acontece por infracción del deber de seguridad en el ámbito laboral. En este punto tal discernimiento es siempre al final relativo toda vez el núcleo central de dirección se vertebra en torno a un grupo de grandes accionistas y administradores que generalmente operan en términos de una falsa contraposición al enfrentarse una minoría que controla con una mayoría extraña a ese grupo. Y esta dicotomía es

⁷¹⁰ Evolucionada desde la doctrina patrimonialista primero y el *contractualismo* después para desembocar finalmente en la corriente objetivista.

⁷¹¹ En este apartado es destacable el estudio *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. DESDENTADO DAROCA, E., Editorial Lex Nova 2006.

⁷¹² La dualidad que marca este doble rostro juega un papel decisivo en la función y límites de la personalidad jurídica, llegándose a la posibilidad de un empresario sin personalidad a cuyo resultado ha contribuido la comunidad de bienes referida en el 1.2 del Estatuto de los Trabajadores y que conduce a concluir que en todos los casos hay una personalidad jurídica básica y por tanto un empresario personificado.

⁷¹³ Esta teoría encuentra desarrollo definitivo en la obra de Galbraith *El nuevo Estado industrial* que fija la separación entre propiedad y control efectivo de la sociedad, destacando el desplazamiento de los titulares del capital social por una tecno-estructura que ya no tiene como finalidad maximizar los beneficios de los accionistas sino garantizar la estabilidad de la empresa y su desarrollo.

relevante a efectos de localizar y señalar al último responsable en la producción del daño, como seguidamente tratamos.

1.2.1. Empresario real y aparente.

La percepción del verdadero rostro en la empresa a efectos de imputación no parece fácil cuando de una sociedad se trata, pues el poder económico que representa el capital se desvanece tras el velo de la sociedad anónima y ese término muestra ya el efecto de la ocultación⁷¹⁴. La condición real de empresario se oscurece cuando los accionistas carecen de control y se convierten en meros capitalistas sin poder; de igual modo que el administrador -completando la paradoja- adopta el papel de empleado desprovisto de capital⁷¹⁵.

El sistema clásico de garantías laborales quiebra con la evolución de la empresa hacia entes que buscan eludir toda responsabilidad, quizá como expresión de posturas egoístas pero también como huida desesperada ante presiones fiscales o normativas. Es este un aspecto ampliamente extendido que pone al descubierto el escaso nivel de compromiso social, lo que a menudo obliga a fortalecer los institutos centrales del Derecho, redefiniendo constantemente sus conceptos porque junto a las meras apariencias, en las máscaras formales y el carácter anónimo del empresario a menudo se ocultan otras incógnitas que deben despejarse y que son reflejo de la incertidumbre creciente en una sociedad cada vez más globalizada ¿Quién responde como empresario: el titular propietario y accionista o quien dirige y administra? Sobre la responsabilidad de los administradores, es claro que se actúa conforme a una lógica fuertemente ligada al concepto de empresario mismo⁷¹⁶. La doctrina se ha

⁷¹⁴ Para ilustrar este fenómeno resulta de interés el ensayo de Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*. Editorial Civitas, Madrid, 1995.

⁷¹⁵ En este *difuminado* de responsabilidad ha contribuido de forma determinante el proceso de desarrollo industrial y la fabricación en masa; sin duda el *taylorismo* y el *fordismo* fuerzan el modelo de la gran empresa sometida a los factores del tamaño, tiempo medido y jerarquía. Su crisis se ha vinculado con la rigidez que se proyecta en éstos y otros planos conexos. Y se ha querido ver su solución en la empresa minimalista o la empresa red que tiene por finalidad ahorrar en mano de obra, combinando la automatización el control informatizado de los trabajadores y la subcontratación. Es otro movimiento dialéctico que va desde la integración vertical a la desarticulación y el minimalismo coordinado, de lo vertical a lo horizontal. Sobre estas consideraciones, ver DESDENTADO DAROCA, E. *op.cit.*

⁷¹⁶ Las definiciones patrimonialistas arrancan a primeros de siglo: el término patrono se asocia a la titularidad de la explotación y evoluciona conforme evolucionan los conceptos de ajenidad y dependencia anticipando un conflicto entre los criterios de atribución de la responsabilidad. Así, en el concepto de patrono se ha determinado que pueden darse dos dimensiones, una general vinculada a la ajenidad y otra específica, relacionada con la dependencia; esto es, con las circunstancias en que acontece el accidente de trabajo bajo la dirección técnica de otra persona. La misma autora realiza un exhaustivo repaso de estos argumentos en el capítulo I de su obra al que denomina con el sugestivo título de *Construcción y deconstrucción del concepto de empresario*.

venido mostrando favorable a identificar la persona de éste con la empresa misma, aun sabiendo que posee otras acepciones desde el punto de vista de la realidad económica y sociológica. Por ello resulta difícil convenir un concepto laboral de carácter uniforme, optándose por hablar de un ámbito en que se desarrollan *relaciones laborales en la empresa* que impide la objetivación de la condición de empresario como mero *centro de imputación de responsabilidad*⁷¹⁷. Porque en definitiva ostenta condición de empresario quien viene no solo a asumir los riesgos sino también obtiene los beneficios de la actividad productiva. Visto así, ni el ropaje formal ni la personalidad jurídica aportan fundamento final en la determinación de responsabilidad pues en definitiva es el empresario quien ostenta la titularidad de obligaciones y derechos, siendo la empresa solo un marco organizativo. Conforme a esta concepción, la responsabilidad corresponde a quien contrata el trabajo en su propio nombre.

Por otra parte, cabe sostener que el reconocimiento del *principio de libertad de empresa* que se contiene en la Constitución Española de 1978 fija el alcance del concepto contractual de empresario que termina por alojarse seguidamente en el Estatuto de los Trabajadores para dar por superada la concepción patrimonial del empresario. El núcleo del nuevo concepto reside en la persona que recibe el trabajo, combinando el aspecto contractual que reviste y el contenido material que comporta. En esta línea, sería empresario quien se constituyera a un tiempo en acreedor de trabajo y deudor de salario resultando irrelevante la cuestión referida a la titularidad. En materia, pues, de atribución de responsabilidad hoy predomina la tesis que puede entenderse como *contractualista* conforme a la cual a la hora de fijarla hay que atender al dato de quién ha contratado y quién recibe la prestación de trabajo⁷¹⁸, pudiendo darse equívocos en algunos supuestos como en el caso de transmisión de empresas en que la relación laboral se establece respecto de entidades y no entre empresarios⁷¹⁹.

⁷¹⁷ Sabido es que en el franquismo se da paso al *jefe de empresa* que sustituye al patrono; de esta forma la empresa se constituye en institución de aspecto corporativo donde las expresiones *función social* y *jerarquía* recobran sentido: la propia Ley de Contrato de Trabajo de 1944 asume estas nociones mediante una serie de definiciones *contractualistas* del empresario en sus artículos 1 y 5.

⁷¹⁸ STS, Sala de lo Social, de 3 de mayo de 1988 (RJ 1988/3536).

⁷¹⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1988 (RJ 1988/5497) mantiene esta postura por razón de inercia; la única ruptura con esta concepción se produce en el caso de los locutorios telefónicos (STS 17-7 y 15-11-1993 y 18-3-1994), que estudia un manifiesto caso de interposición desde una base puramente patrimonialista, sentando que es empresario quien ostenta sobre los medios materiales de producción poderes de mando, dirección, decisión y gestión basados en cualquier vínculo jurídico. En este campo el estudio de la profesora Ana DE LA PUEBLA *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía. Aspectos laborales*, Aranzadi, 2005, resulta de notable interés.

1.2.2. Nuevas manifestaciones.

En el marco de la asignación de responsabilidades laborales, según examinamos, el problema no es tanto delimitar el concepto de empresario sino hacer frente al desafío que las nuevas formas de empresa y de actuación empresarial están produciendo. Las distintas estrategias empresariales imponen serias perturbaciones en la efectividad de las garantías que establecen las normas laborales⁷²⁰. Es éste un gran conflicto porque asistimos a un escenario en que la empresa se difumina a través del fenómeno de *deslaboralización*, la expansión del empleo precario y la irrupción constante -y no siempre pacífica- de nuevas tecnologías. En definitiva estamos ante un escenario desde el que observamos las carencias y la *huida* del Derecho del Trabajo. Pero sobre todo asistimos a una crisis de eficacia. Al tiempo que la empresa se desvanece, también disminuye su grado de imputación. Fenómenos como la descentralización productiva y la *externalización* de actividades determinan que ya no se pueda controlar todo el proceso productivo causando a su vez un manifiesto debilitamiento de la estabilidad del contrato. Ante este panorama, la doctrina es crítica pero generalmente descriptiva y contempla indolente la nueva realidad, aunque hay autores que se muestran partidarios de una salida abiertamente pragmática extendiendo e imputando responsabilidad a una diversidad de sujetos sin que constituya óbice para ello la atribución previa de la condición de empleador en los términos del apartado segundo del artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores⁷²¹.

La pluralidad de empresarios ya está recogida en la definición del texto básico laboral cuando hace referencia a *todas las personas que reciben la prestación de servicios*. Hay propuestas de actualización que desplazan la atención desde el titular de la empresa a la persona que conste como parte del contrato, analizando los modelos de cooperación para determinar las formas de fragmentación y recomposición de esa identidad empresarial, partiendo del principio conforme al cual lo jurídicamente diferenciado puede implicar la unidad en el interés común. Estos modelos de cooperación entre garantías externas porque en el modelo de articulación compleja entre las mismas y en el ámbito del contrato de trabajo debe atenderse al principio de realidad que toma como elemento decisivo de atribución de responsabilidad compartida el comportamiento de cada una en el más amplio marco de las decisiones del conglomerado empresarial.

⁷²⁰ Sobre la presente cuestión resulta de interés el estudio de Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS *Procedimientos concursales y derechos de los trabajadores*, Colección Abogados Jóvenes, Madrid, 1982.

⁷²¹ En este sentido se expresan CRUZ VILLALÓN Y MOLERO MARAÑÓN. A tal punto que se propone superar los viejos esquemas de la estructura bilateral del contrato y la técnica de la responsabilidad solidaria como única respuesta posible para no situarse a espaldas de la nueva realidad del trabajo asalariado.

Conforme a este último argumento, determinar si hay único empresario o una obligación subjetivamente compleja es el dilema a resolver preferentemente, porque cuando la norma carga el aumento sobre el empresario infractor es menester fijar con precisión los términos en que nos movemos: o individuo o colectividad, lo que en la práctica y en este caso significa imputar a todos los que forman parte de esa pluralidad de sujetos en el marco de un vínculo único y en un régimen de responsabilidad solidaria que no puede limitarse solo a los supuestos de fraude o abuso de derecho⁷²². Exponente de esta idea es el modelo de empleador externo que encuentra sitio en las contratas; aquí el equilibrio entre empresas es delicado y cabe decir que cuando se invade la autonomía de una por la otra se rebasa el marco del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores para entrar de lleno en el nuclear artículo 1.2 de la misma norma básica y considerar que la receptora real del trabajo es el verdadero empresario. Postura valiente y radical que está centrando el debate sobre la materia en la actualidad; por ello es necesario concretar cómo actúan esos influjos o esas subordinaciones entre empresas porque hay zonas claras y espacios de penumbra como en todos los conceptos jurídicos indeterminados, desde las intrincadas relaciones de las contratas a los grupos de empresas, pasando por el dispar y heterogéneo entorno de las concesiones comerciales. Sin duda, todo un reto para el análisis presente y de futuro.

1.2.3 La empresa como institución social.

Un interesante concepto de empresa surge a través de su propia evolución histórica: desde la asunción del riesgo por su titular, primero, hasta llegar después al control y vigilancia de todo el proceso productivo:

*(.../...) en ese proceso, se fueron destacando y añadiendo funciones al empresario, desde la asunción del riesgo, la incertidumbre y la planificación e innovación, hasta las funciones de coordinación, control y supervisión de rutinas de la empresa*⁷²³.

Pero superada la concepción original no cabe, de un lado, ni consentir anquilosamientos trasnochados ni tampoco perderse en aventuras que conduzcan al fracaso⁷²⁴. Hablar de empresa⁷²⁵, por tanto, comporta definir primero la persona del

⁷²² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F, *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas* Madrid, Trotta, 2004, p.78 y 79.

⁷²³ Son precursoras del concepto las enseñanzas de brillantes economistas que entienden la concepción de la empresa *como una institución social donde se da una interrelación positiva entre el Estado y el sistema industrial*. Aunque también comparten espacio con otras de distinto signo. Es la vieja tensión entre el liberalismo y las distintas escuelas de economía social, entre los seguidores de Friedman y Galbraith por significar dos nombres propios. GONZÁLEZ SEARA, L., *La responsabilidad social de la empresa*. Revista del MTAS número 50.

⁷²⁴ *Es necesario precaverse contra el celo de los reguladores que se empeñan, contra viento y marea, en llevar sus ideas al Boletín Oficial, incluso después de sonoros fracasos. Pero, igualmente, hay que*

empresario y después intentar aproximarse al universo que compone su actividad. La evolución, pues, del término queda unida a los distintos roles que la figura del empresario ha ido asumiendo a lo largo de la historia, desde el riesgo inicial -como ya queda expresado- a otros papeles más próximos a la mera organización. Tampoco debe olvidarse la separación de funciones respecto de las que son propias de la titularidad patrimonial: son los gerentes y los tecnócratas, campo éste que en la sociedad moderna se desvincula de los dueños del capital. En este contexto de intereses y relaciones complejas se produce el salto desde el empresario a la empresa, que ya se entiende en razón a su influjo en el contexto de la sociedad y capaz por tanto de asumir y entender sus necesidades y dar respuesta a las mismas en términos de capacidad económica.

El papel y grado de implicación que las empresas deben asumir en la sociedad viene determinando dos modelos enfrentados: el que, de una parte, entiende que la empresa debe centrarse en crear beneficio y limitarse a cumplir la ley, dejando al Estado y al sector público la protección de derechos; y de otra, el que sostiene que, como componente de un tejido social del que forma parte inseparable, debe extender su actuación a cuantas expresiones en todos los campos se manifiestan, irradiando su intervención a la cultura, la educación, la sanidad, porque en definitiva tal hecho le favorece en términos de rentabilidad social. En esta línea, manifestaciones de responsabilidad social se vienen dando al menos desde los años setenta del siglo pasado, con los primeros balances sociales de las distintas empresas públicas, primero, y de las entidades bancarias después, hasta conformar todo un repertorio de gestos, datos y presencias, del que son buena muestra los códigos de buena conducta y el Libro Verde de la Comisión Europea que entiende la Responsabilidad Social Corporativa como integración voluntaria de las empresas en proyectos vinculados a *preocupaciones sociales y medioambientales en las operaciones comerciales y en sus relaciones con los diferentes interlocutores*.

Y es en este punto donde conectamos el sentido mismo de la empresa, su compleja composición, con la extensión de responsabilidad desde el nudo propietario a los socios y administradores, hasta llegar a la consumación del principio de solidaridad. Porque sin duda en esta dicotomía, esto es, en el debate en que se mueve el discurrir cotidiano de las empresas, se encuentra el mayor o menor voluntarismo que a su

estar alerta ante directivos y ejecutivos, agresivos e imaginativos, que se lanzan a prácticas aventureras y osadas que hacen quebrar a las empresas, o que imaginan ingenierías financieras de resultados funestos, procurando cubrir, con un velo de mecenazgo o de solidaridad social, lo que es un fraude a la colectividad.

⁷²⁵ En el *Tesoro de la lengua castellana*, del siglo XVI, Covarrubias ni siquiera cita la palabra *empresario*; se piensa que su origen puede estar en el vocablo *entrepreneur* francés, de etimología y ámbito militares, que con paso del tiempo desemboca en quien contrata y asume riesgos en la batalla; el propio Laín Entralgo habla de ello al tratar sobre *la empresa del ser humano*, lo que nos sitúa en un contexto semántico adecuado.

variable compromiso quieran imprimir (¡cierto!), pero además su obligación de revertir al ente que, en definitiva, le suministra la materia prima de su actividad y progreso: la sociedad. Este elemento resulta de vital importancia en el enlace que después estableceremos con el principio de la llamada *socialización del riesgo* para determinar el responsable final del recargo de prestaciones que venimos tratando. En este punto, la pregunta a resolver nos sitúa en la encrucijada de cómo combinar los sustanciales aspectos que suponen de un lado la liberalidad y de otro la necesidad. Y la respuesta fluye natural: las empresas se amparan en su libertad para hacer o dejar de hacer según les convenga, de forma que esos dictados éticos que adornan sus códigos de conducta se dejan finalmente a su libre conveniencia, convirtiendo la solidaridad como un mero recurso de *quita y pon*, quizá para esconder su primigenia devoción a la prioridad del beneficio legítimo.

En este difícil equilibrio se mueve la responsabilidad directa del empresario en el recargo: atender a un mismo tiempo dos fuerzas opuestas, la deuda de seguridad que contrae con el trabajador y la liberalidad que impone la dinámica de su propia actividad, sujeta a una férrea intervención de la Administración Pública a la que siente como ajena.

1.2.4. Comunidades de bienes.

Las empresas no siempre responden por sí mismas sino a través de las personas que la componen. De este principio cabría deducir que la forma o el sustrato jurídico es irrelevante, siendo lo determinante la realidad que esconde la mera apariencia formal⁷²⁶. Las comunidades de bienes no tienen personalidad jurídica y por tanto, aunque son empleadoras por así expresarlo el artículo 1. 2 del Estatuto de los Trabajadores, no ostentan capacidad jurídica y no pueden ser titulares de derechos y obligaciones en el proceso.

Resulta cuando menos curiosa esta esquizofrenia: un empresario sin capacidad para comparecer en juicio. De mantenerse la lógica de esta entidad, ya no serían necesarias las conexiones rígidas que la ortodoxia impone. Y así, siguiendo este hilo conductor, podríamos llegar a la conclusión de que también cabe pedir responsabilidad al que no está formalmente, al que no aparece: porque si lo que existe en derecho (las comunidades de bienes son empresa conforme a la regulación legal que hemos visto) no responde, ¿qué inconveniente existe en hacer responder a la persona física que se esconde detrás de la pantalla en que se constituye la persona jurídica, esto es, al socio de una sociedad? ¿E incluso a quien no forma parte del contrato de trabajo mismo y se constituye como garante del mismo, ordenando y asumiendo las situaciones de riesgo por contingencias profesionales?

⁷²⁶ STSJ Asturias 14-12-200, recaída en el recurso de suplicación 1596/2001 (AS 2001/4201).

La respuesta lógica y en términos de responsabilidad compartida iría cargada de toda esa fuerza interior que en el ámbito jurídico es recurso natural, justamente para garantizar derechos, y que por ello presenta un aspecto formal incuestionable. Se trata de *desestructurar* el razonamiento descomponiendo cada uno de los tramos en que se constituye el proceso:

1. La ley dice que la comunidad de bienes es empresa pero que como tal entidad no responde, sino las personas que la componen.
2. Los socios no son empresarios directos -y por sí mismos- pero es claro que pueden responder.
3. Además, caben terceros responsables por razón de garantía y dependencia.

Son argumentos cruzados donde la apariencia y la realidad se mezclan, sumidos en una naturaleza difusa que muestran su verdadera cara tan pronto se despejan las incertidumbres que los rodean y superamos los prejuicios cerrados con que a menudo abordamos esta clase de cuestiones. Así, la posibilidad de extender la responsabilidad *a quien reciba los servicios del trabajador* es muy amplia merced a dos líneas conceptuales decisivas y fundamentales que el propio precepto legal contiene: tanto la expresión *a los efectos de esta Ley* como la que refiere *todas las personas o comunidades de bienes* no admiten ninguna duda sobre las extensas posibilidades que el concepto de empresario encierra, ya sea en su vertiente puramente descriptiva o conceptual como en la otra, funcional o dinámica, que podemos asociar tanto a su condición de infractora de la normativa de seguridad y preventiva del riesgo laboral como a su responsabilidad en la producción y reparación del siniestro en el marco del accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Por ello es importante culminar con una idea enlazada y consecuente con esta última dimensión de empresa: el comportamiento pasivo también genera responsabilidad. En efecto, la imputación objetiva en la responsabilidad del daño⁷²⁷ se presenta como una cuestión asociada al principio de causalidad que, además de determinar el nexo causal concretando el hecho que a su vez incide en otro, fija también qué daños son resarcibles y cuáles no. Porque es manifiesto que, según venimos manteniendo al amparo del artículo 1903 del Código Civil, cabe distinguir, de un lado, entre el nudo causante del daño y, de otro, el que deba repararlo. Así, debemos diferenciar al empresario que infringe la normativa de seguridad (imputación objetiva en sentido propio) de aquel otro que asegura ya sea la totalidad o parte del daño y en última instancia viene obligado a repararlo (conforme legal o convencionalmente se determine)⁷²⁸.

⁷²⁷ El Tribunal Supremo (1ª), en sentencia de 15 de enero de 2008 (RJ 2008/1394), fija la doctrina según la cual, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social.

⁷²⁸ La sentencia del Alto Tribunal (1ª) de 10 febrero 2006 (RJ 2006/675) al estudiar un supuesto de accidente en espectáculo taurino en el que resulta lesionado un corredor situado fuera del burladero,

2.- LA DEPENDENCIA COMO VÍNCULO Y OBLIGACIÓN.

En el principio del fenómeno de la *dependencia* sin duda alguna se encuentra esta *reciprocidad* entre la debilidad del individuo y la acción consecuente ya sea del poder público ya de terceras personas⁷²⁹, como en este último caso hemos tenido ocasión de exponer a propósito de la responsabilidad por hecho ajeno conforme a los principios del artículo 1903 del Código Civil⁷³⁰. Su interacción desencadena el interés social por amparar las situaciones más necesitadas: primero a través del medio más próximo, la familia y las relaciones de benevolencia y amistad; después, por la decisiva actuación de la Administración Pública y de todo el tejido social a través de lo que puede entenderse como *asistencia formal, institucionalizada* por medio de las prestaciones sociales y de Seguridad Social⁷³¹. Trascendemos así las relaciones que se suscitan en el ámbito privado de apoyo al desvalido, que tratadas en sí mismas, no aportan elementos decisivos y relevantes al objeto de nuestro estudio, aunque su importancia es extraordinaria, no solo por la presión y el influjo que ejercen sobre el ámbito institucionalizado sino por representar la última orientación de algunas políticas de asistencia basadas estrictamente en el núcleo familiar, circunstancias que nos obliga a considerarlas⁷³².

dice que *es necesario que quepa atribuir a quienes se pretende hacer responsables, en todo o en parte, de un evento dañoso, algún tipo de comportamiento, activo o pasivo, que haya incidido en el desencadenamiento del resultado, y en el caso lo único que cabe atribuir a las demandadas es la organización del festejo, lo que si es relevante en el ámbito de la causalidad material o física, no es suficiente por sí solo, para generar la atribución o causalidad jurídica* (en el mismo sentido, SSTs de 5 enero 2007, RJ 2007/552, y de 20 julio 2009, RJ 2009/3161).

⁷²⁹ La fragilidad del ser humano ha venido marcando sistemas de protección como natural expresión del instinto primario de la conservación de la especie. De ahí que los principios y valores que emanan de su comportamiento individual adquieran dimensión pública de tal modo que cuanto mejor represente la Administración al hombre particular, mayor identificación habrá y más fácil se tornará el compromiso y la complacencia de administradores y administrados. Téngase en cuenta que el vocablo representar es *hacer presente algo con palabras o figuras que la imaginación retiene*, esto es, reafirmar algo que se hace evidente, que se muestra *ausente* con carácter previo pero que recobra vida y sentido tantas veces como se exprese. Tal es la idea que mueve la actuación pública en general y la protección social como desarrollo civilizado del instinto de conservación animal.

⁷³⁰ El concepto mismo de dependencia vive actualmente un proceso de depuración, por cuanto si bien la situación propiamente dicha es realidad antigua, el modo de afrontarla y de situarla en el contexto de las prestaciones constituye hecho nuevo en combinación con factores ya existentes pero evolucionados.

⁷³¹ Sobre esta materia es muy ilustrativa la monografía que coordinan los profesores Santiago GONZÁLEZ ORTEGA y María Gema QUINTERO LIMA *Protección social de las personas dependientes*, Editorial La ley en 2004; y de especial interés, los comentarios a la ley que la profesora ROQUETA BUJ hace en la suya, publicada en Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁷³² Es justamente esa dialéctica entre los ámbitos privado y público el factor que cualifica la mayor o menor atención que se preste al problema, sobre la base de una realidad que, aunque se oculte entre las paredes de la vivienda familiar o se deje sin regularizar, inevitablemente termina por trascender a la sociedad entera. Por ello se nos antoja obligado invocar el artículo 143 del Código civil que impone entre parientes, de forma recíproca y en toda su extensión a los ascendientes y descendientes, la obligación de darse alimentos, esto es, de proporcionarse entre sí *todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*.

Desde un punto de vista literal el vocablo *dependencia* para nuestro Diccionario de la Lengua implica, como primera acepción, *subordinación a un poder mayor*⁷³³. Entraña, pues, un componente físico asociado a un resultado de desequilibrio, esto es, la presencia de una fuerza dialéctica que necesariamente determina *jerarquía* entre las partes intervinientes. Sin duda alguna esta referencia a la noción de *subordinación*, esto es, de sometimiento a un orden, marca decisivamente el resto de acepciones, tanto las referidas a la idea de *procedencia u origen*, como las que relacionan la parte con el todo. Su etimología ninguna duda ofrece⁷³⁴ y su evolución no puede ser más significativa hasta enlazar con la materia que venimos tratando: no olvidemos que la palabra matriz (*pendeo*) alumbra no solo la idea de *penden*, en el sentido de estar suspenso o colgado, sino también la de *peso* y por derivación la de *pensión* que decididamente alcanza su significado actual por medio del verbo *penso* (pagar), de igual origen aunque más evolucionado. En sentido estrictamente jurídico, basta acudir a la octava acepción del referido Texto Académico para sentar una primera definición del concepto *dependencia*: *situación de una persona que no puede valerse por sí misma*. Pero enseguida observamos su formulación rotunda, firme, abstracta y sin concesiones. Está expresada en términos absolutos y ninguna graduación permite, lo que no se corresponde con la realidad misma que por el contrario sí admite niveles y valoraciones diversas, desde el mínimo al todo. Por ello debemos esforzarnos en incorporar a la definición jurídica del concepto *dependencia* ese componente relativo -y de *relación*- que debe comportar, consustancial a la idea misma que encierra.

En nuestro Derecho Positivo el vocablo estudiado no poseía tratamiento propio como instituto jurídico, al menos en términos nominales. Sí en cambio en su vertiente semántica, si consideramos –como literalmente se deduce– que la expresión *no poderse valer* equivale, lisa y llanamente, a *invalides*⁷³⁵. A nadie puede escapar la

⁷³³ Resulta inevitable abordar la definición que nuestra Academia le atribuye para seguidamente observar las aplicaciones del concepto en los distintos campos del conocimiento jurídico, centrando nuestro interés en el concreto ámbito del Derecho Social que particularmente tratamos y en el que juega un papel destacado como cuestión básica la concurrencia de requisitos y delimitación, como estudia el profesor BARRIOS BAUDOR, G. L., en *La valoración de la dependencia*, Documentación Laboral número 102 (2014).

⁷³⁴ Descompuesta en la preposición *de* y el verbo *pendeo* -estar colgado- la palabra *dependeo* no comenzó a generalizarse hasta Augusto y no se halla ni en Cicerón ni en César, según contiene el Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico, escrito por D. Raimundo de Miguel, catedrático de Perfección de Latín y Principios Generales de Literatura en el Instituto de 1ª clase de San Isidro El Real de Madrid, y el Marqués de Morante, antiguo catedrático en la Universidad de Alcalá de Henares y dos veces rector de la Central. Magistrado que fue del Tribunal Supremo y del Consejo de Instrucción Pública. (11ª edición corregida y aumentada. Sáenz de Jubera, Hermanos. Editores. Madrid, 1897).

⁷³⁵ La privación de toda autonomía personal que el concepto académico comporta nos sitúa frente al grado mismo de *gran invalidez*, que el artículo 137.1 de la Ley General de la Seguridad Social (actual 194, d. en el texto refundido de 2015) no define, remitiendo la calificación de los cuatro grados en que

idea de que el lenguaje es pura convención y consenso. A las palabras de uso ordinario se le suma el técnico. Pero ello no significa que sean distintos ni que entre los mismos exista diferencia sustancial. Es cuestión de mero ropaje, que puede mudar como cambia la propia realidad⁷³⁶.

2.1. La tercera persona.

Todo proceso de debilitamiento puede obedecer a causas fortuitas o tener origen en un hecho previsible, propio de nuestra sociedad de riesgo⁷³⁷. En la primera categoría se sitúan toda suerte de accidentes, producidos inesperadamente y de forma repentina. En la segunda, no hay lugar para la sorpresa: sabemos que un determinado acontecimiento sucederá y solo es cuestión de dejar que pase el tiempo porque su llegada será inevitable. El primer grupo, el que aglutina los hechos imprevisibles de formación súbita, ha tenido a lo largo de la historia tratamiento privilegiado. La desgracia siempre ha concitado un sentimiento de aproximación y la acción pública, con mayor o menor acierto, ha sido sensible al desgarró de sus efectos. A mayor abundamiento, tal fenómeno de riesgo ha llegado a forjar toda una disciplina y una actividad floreciente en nuestros días: el sector del aseguramiento⁷³⁸ extiende su

divide la incapacidad permanente –parcial, total, absoluta y gran invalidez- al diverso *porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca*. El alcance, por conversión de equivalencia, que a la dependencia damos hasta situarla como mera invalidez, representa una viva muestra de la limitación del lenguaje para afrontar nuevas realidades que en proceso de emergencia se ven obligadas a adoptar revestimientos, las más de las veces de forma precipitada y de contenido genérico como venimos expresando.

⁷³⁶ De tal modo que hemos llamado invalidez jurídica a la situación que deriva de un proceso institucional que culmina en una declaración administrativa o judicial, porque se cumplen unos determinados requisitos, al margen de que la invalidez también afecte a otras formas de discapacidad. Así, podríamos llamar *dependencia* –y regularla jurídicamente al margen de su acepción genérica que el Diccionario contempla- a la *nueva realidad que surge como consecuencia de la mayor longevidad de las personas, asociada a procesos inevitables de enfermedad y discapacidad crónicas que van a requerir ayuda permanente de carácter externo y asistencia que compromete la intervención social*. Cada vez con mayor fuerza se abre paso la corriente doctrinal que limita la dependencia a las *personas mayores que requieren cuidados de larga duración, por lo que el principal motivo de interés de las aseguradoras estriba en la delimitación precisa del riesgo a asegurar, por cuanto alrededor del 80% de los casos de dependencia se producen entre los mayores de 65 años, centrándose el debate social en la falta de medios adecuados para afrontarla*. (RIVERA SAGANTA, J.. *Seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado del Bienestar*. Fomento del trabajo 2.000/1).

⁷³⁷ El artículo 1105 del Código Civil sienta el fundamento mismo de la intervención social al determinar que *fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los que en que así los declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos, fueran inevitables*. La consecuencia que se extrae del precepto entendido a *sensu contrario*, cuando constatamos que la vejez y la enfermedad son hechos que con toda seguridad se producirán, nos ahorran todo comentario –por el momento- acerca de la responsabilidad por tales *sucesos*.

⁷³⁸ La ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, dejó sin contenido los artículos 1791 a 1797 del Código Civil, lo que da muestra de la importancia que en la actualidad ostenta dicha actividad. No obstante permanece intacto en toda su expresividad el artículo 1790 del centenario texto legal: *Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o a*

actuación desde el primer instante de la vida hasta situaciones de nuevo cuño marcadas por la vejez prolongada⁷³⁹ y el envejecimiento activo y saludable en contraposición a situaciones de *dependencia*⁷⁴⁰ y *falta de autonomía* del individuo, esto es, conducirse por sí mismo en el gobierno de sus funciones por razón de edad asociado a un estado de discapacidad que hace necesario el concurso de una tercera persona para su eficaz desempeño.

Inevitablemente se combinan los aspectos individual y colectivo del fenómeno⁷⁴¹, pues aunque la situación de dependencia sea expresión en el ámbito familiar de naturales sentimientos de apoyo y protección mutuos no terminan por colmar la dimensión social que el hecho encierra, toda vez la estructura familiar por su carácter limitado no puede por sí sola aportar cuantos recursos tiene la Administración Pública en su completo aseguramiento mediante el conjunto de normas integradoras que conocemos como *Estado de Derecho*⁷⁴². Al hilo de este razonamiento, el alumbramiento de la Seguridad Social no responde a concesión graciosa de gobernante bienintencionado alguno y puede presentarse como conquista originaria

hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado. La vigente ley 30/95, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 8 de noviembre, excluye expresamente en el apartado 2 de su artículo 1 del ámbito de aplicación de la ley *el Régimen General y los Regímenes Especiales que integran el sistema de seguridad Social obligatoria.*

⁷³⁹ Estamos conformes con lo que sostiene parte de la doctrina científica cuando hace referencia a que se está abriendo *una novedosa interrelación entre sociedad y ancianos, un momento inédito en la Historia de la Humanidad que ha llegado tras lo que se ha calificado de “revolución silenciosa”,* mas nos parece una idea muy expansiva y rotunda concluir que *por primera vez la vejez no solo conforma un escalón destacado en la estructura demográfica sino que constituye el sustrato social mismo de la sociedad del nuevo siglo, habida cuenta la paralela reducción drástica de los índices de natalidad.* (Juan Antonio MALDONADO MOLINA, *El seguro de dependencia. Presente y Proyecciones de futuro.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2003, pág. 13). En tan nucleares reflexiones incide con brillantez la profesora Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA en *Política de envejecimiento activo y protección social*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 79, 2009 y *Protección social pública de la tercera edad y su complejo marco jurídico*, Cívitas, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 148, 2010.

⁷⁴⁰ Tal dialéctica no está formulada en términos absolutos, por cuanto los perfiles de ambos elementos se muestran difusos y elásticos: entre el propósito de una vejez prolongada y saludable y la fatalidad de quedar al margen de su disfrute, existe un amplio margen, una colorista gama de posibilidades intermedias, pero al menos los factores de interrelación resultan planteados.

⁷⁴¹ Como exponente de ambos planos, la vejez se incorpora como objeto de protección en nuestro ordenamiento jurídico por medio de un seguro social voluntario de los denominados *de libertad subsidiada*, regulados en la ley de 27 de febrero de 1908, adquiriendo carácter obligatorio a través del Retiro Obrero por Decreto de 11 de marzo de 1919, que evoluciona al subsidio de vejez por ley de 1 de octubre de 1939 y posteriormente al *seguro de vejez e invalidez* (SOVI), instituido por Decreto de 18 de abril de 1947 (Manuel ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, 6ª Edición revisada. Madrid, 1977).

⁷⁴² La Declaración Universal de derechos Humanos, hecha en París el 10 de diciembre de 1948, tras expresar en su artículo 25 que *toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...consagra genéricamente el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

del mundo laboral que poco a poco la impone como aseguramiento individual de contingencias aisladas que se van incrementando con el discurrir de los años. Desde el accidente de trabajo, regulado originariamente por ley de 30 de enero de 1900, hasta confluir en un sistema donde la oportunidad y la vigencia del siniestro evoluciona y se transforma por otro distinto en que la situación de dependencia apunta como culminación del anterior y determina el arranque de una nueva prestación que con este siglo empieza a definirse. Así, el desarrollo de la protección pasa de la regulación particular de la contingencia concreta al conjunto normativo que constituye el actual sistema de la Seguridad Social, entendido como agrupación de recursos orientados a la atención integral de los ciudadanos en sentido amplio⁷⁴³.

La madurez de la sociedad y el avance de los derechos humanos ha llevado aparejado los niveles de protección social y la cobertura de contingencias. Por ello, desde la regulación del accidente de trabajo a principios del siglo XX mucho hemos avanzado al incorporarse paulatinamente nuevas prestaciones en una dinámica (primero laboral, después social) donde no solo cuenta la presencia del trabajador en sí mismo, sino también la de su familia y su entorno más próximo. De ahí que la extensión del fenómeno no lo entendamos en sentido lineal, de modo que avance en una sola dirección, sino que debe concebirse en términos de una intensificación expansiva, por lo que la progresión no es meramente aritmética sino que se suman elementos dinamizadores en un frente amplio que recoge tanto necesidades surgidas en relación directa con el trabajo como otras que atiende al bienestar, la prevención del daño o poseen carácter puramente asistencial⁷⁴⁴. Por ello si lo importante en un primer momento y de forma exclusiva fue la prestación económica, el momento que orienta las nuevas prestaciones -que en nuestro sistema de protección social viene configurada en términos generales- comporta contenidos inmateriales que en buena medida cualifican y mejoran sustancialmente aquélla.

Al margen de situaciones de coyuntura y desde una perspectiva de amplitud histórica, se evoluciona hacia nuevas y mejores prestaciones en el ámbito de la protección pública. Si en el origen del sistema estuvo solamente el accidente de trabajo y más tarde se fueron incorporando la vejez, la jubilación y la viudedad, mecanismos de protección a la familia y todo el amplio espectro de la incapacidad, hemos observado cómo el desempleo también ha ganado espacio en el ámbito asegurador propio de la Seguridad Social desde un planteamiento inicialmente autónomo, ganando terreno desde la consideración contributiva a la no contributiva o

⁷⁴³ Conecta el artículo 1 del vigente texto refundido de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con el artículo 41 de la Constitución Española, como expresión de la universalidad del régimen público de Seguridad Social *que garantiza la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*.

⁷⁴⁴ Quizá los mejores ejemplos haya que buscarlos en el sector de la prevención de riesgos laborales y en la prestación de asistencia sanitaria.

meramente *asistencial*⁷⁴⁵, criterio éste que marca la tendencia de los nuevos tiempos mediante la incorporación definitiva a la ley de toda la gama homónima de prestaciones clásicas. Así, evolucionada desde los ámbitos civil y laboral, se ha venido configurando la noción de dependencia como asistencia integral, inmaterial, superadora de toda discriminación y de naturaleza marcadamente cualitativa⁷⁴⁶, obligando a poner las bases de una nueva prestación social, nacida a partir de otras, como la gran invalidez, que encuentra en la necesidad de un tercero su aspecto más destacado. El grado máximo que nuestro sistema de Seguridad Social contempla en materia de incapacidad es el que asocia la limitación funcional del trabajador a los actos esenciales de la vida diaria que pueda desempeñar⁷⁴⁷. Por ello resulta decisivo como canon imprescindible en la valoración del grado de participación e imputación de responsabilidad civil la noción de *dependencia* respecto de los demás y por consiguiente el de autonomía personal, lo que conceptualmente nos aboca al objeto de nuestra reflexión⁷⁴⁸. Esa referencia a la *tercera persona* determina que esta situación se diferencie nítidamente de las incapacidades que son primordialmente profesionales, por lo que no debe concatenarse con el oficio que el obrero desempeñara sino *con las más elementales necesidades del ordinario vivir* (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1981, RJ 1981/2671), al punto que en la concreción de su concepto debe partirse de la definición legal de los determinados

⁷⁴⁵ Los niveles de protección al desempleo están recogidos en el artículo 263 de la Ley General de Seguridad Social, con carácter público y obligatorio, quedando el *contributivo* como compensatorio de rentas perdidas y el *asistencial* para atender supuestos especiales en orden a las responsabilidades familiares, edad del desempleado, emigrantes retornados, liberados de prisión ó declarados capaces para el trabajo por mejoría, conforme al artículo 274 del texto legal.

⁷⁴⁶ La acción protectora de la Seguridad Social comprende prestaciones en materia de asistencia a la tercera edad y como complemento a las mismas *podrán otorgarse beneficios de la asistencia social* (artículo 42.2 y 2 LGSS). Los Servicios Sociales son, pues, considerados como mero *complemento* de las prestaciones (artículo 63 LGSS), quedando la Asistencia Social como dispensario de servicios y auxilios económicos, que en atención a estados y situaciones de necesidad se consideren precisos. En suma, son facultativos, limitados, discrecionales e imprecisos en la concesión y extensión de sus ayudas (artículos 64 y 65 LGSS).

⁷⁴⁷ El artículo 194 LGSS se limita a nombrar los distintos niveles sin definirlos, manteniendo que la calificación del grado de incapacidad permanente *se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca*, siendo que el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, esto es, la nota característica de la gran invalidez, se refiere en el artículo 364.6 LGSS al tratar de la cuantía de la pensión derivada de la invalidez en su modalidad no contributiva.

⁷⁴⁸ La expresión *situación de dependencia* se equipara a la de *necesidad de concurso de una tercera persona* en el artículo 148.2 del texto previo de la LGSS (y en el actual 364.6, referido en la nota anterior) y su determinación objetiva se somete a baremo, lo que viene a poner de manifiesto que la noción está planteada en términos de incapacidad. Constituye, así considerado, un elemento básico e integrador que nos sitúa en condiciones de abordar la protección social que debe dispensarse a quienes no solo tienen necesidad de los demás en su cotidiano quehacer por razón de disminución o carencia absoluta de facultades físicas, sino también padecen otras carencias de orden accesorio y le son próximas como el rechazo y la discriminación sociales.

actos que enumera para desde ahí buscar por analogía⁷⁴⁹ lo que deba entenderse por *acto esencial para la vida*.

2.2. Protección descendente.

Cabría conciliar la dialéctica entre la libertad del individuo y la *auctoritas* del Estado en *pro* de los derechos colectivos⁷⁵⁰ con una imagen: en el ámbito doméstico seamos lo que queramos o podamos ser, pero tan pronto el individuo se reviste como ser social, el intervencionismo se justifica en la dimensión pública que inevitablemente comporta la relación con los demás, entre sí y hacia todos⁷⁵¹. No obstante, la dependencia en el ámbito social que venimos tratando se justifica por el mismo fundamento que inspira el marco civil de las relaciones personales⁷⁵², superando el marco de primera instancia en que se constituye la empresa para involucrar al Estado en la protección de un interés que le *corresponde* por razón de vínculo y deber⁷⁵³. Así, desde la mera noción de *contingencia profesional* (de la que en exclusiva el empresario infractor debe responder) hemos llegado a la de *protección integral* con cargo a la Administración del Estado. Del trabajador en origen hemos derivado a una

⁷⁴⁹ Tal referencia a la analogía ha resultado todo un vivero para la construcción judicial del concepto por parte de nuestros Tribunales, porque evidencia la riqueza de matices que en la realidad de la persona incapacitada pueden darse, siendo que se ha perfilado desde las primeras sentencias *el encaminado a la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellos actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponden a la humana convivencia*. En esta línea se expresan las sentencias de 3 octubre 1969 (RA 4147), 25 noviembre 1970 (RA 4581) y 29 marzo 1980 (RA 1570), entre otras muchas.

⁷⁵⁰ Sobre el particular, además de acudir a la fórmula del tradicional *orden público*, se aducen con frecuencia razones de *seguridad ciudadana*. Es claro que en la jerarquía de valores, universalmente admitida, lo particular cede ante la voluntad social, pero no debe darse a esta última legitimidad absoluta en su normal funcionamiento ante el riesgo de incurrir en situaciones de *desviación de poder*.

⁷⁵¹ Gran parte del fracaso en la gestión de la asistencia social puede atribuirse al diseño vertical que sobre la realidad se hace desde las instituciones sin contar con los ciudadanos objeto de atención, lo que en muchos casos comporta que solo actitudes de fuerza o incapacitación civil puedan ser útiles para lograr el propósito asistencial de las Administraciones Públicas.

⁷⁵² El Código Civil ha venido modificando sustancialmente el panorama existente en materia de incapacitación, conforme a cuanto venimos tratando, y otorga un papel preponderante a la autoridad judicial con abandono del viejo sistema de tutela familiar, sin sujetar sus causas a una lista cerrada sino, conforme al artículo 200 del texto legal, enmarcándolas en el contexto de las *enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*.

⁷⁵³ No debe olvidarse el carácter de auténtico compromiso y vocación universal con que está redactado el artículo 41 de nuestra Constitución, mediante la garantía de la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad *para todos los ciudadanos*, lo que viene a corroborarse en el artículo primero de la Ley General de Seguridad Social como declaración de principio.

distinta dimensión del mismo en un largo tránsito donde se abre con fuerza la noción de dependencia que es preciso delimitar en su concepto y alcance⁷⁵⁴.

No pueden entenderse actitudes individuales que puedan nacer y desarrollarse aisladamente al margen de la sociedad entera, porque la naturaleza humana está hecha y orientada a compartir desde el origen mismo de la vida. Ni nacemos solos ni el resto de nuestras actividades pueden entenderse con independencia de la razón social que las justifica. Expresión de cuanto sostenemos es el trato que la noción misma de *persona* recibe en el Código Civil, paradójicamente considerado como *monumento al individualismo* imperante en el siglo XIX. No olvidemos que con carácter preferente el Libro I trata de las personas aunque sea para tratar someramente de las naturales (artículos 29 a 34), estableciendo su dimensión social mediante las que denomina *jurídicas*; ligadas éstas a las sociedades mercantiles, han venido a representar un avance importantísimo en el desarrollo económico y social, pues mediante la *ficción* de llamar persona a lo que realmente no lo es⁷⁵⁵, terminó por sentar las bases del progreso que durante el siglo XX se consolidó a través de la sociedad mercantil con personalidad propia *e independiente de la de cada uno de los asociados* y regida por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, conforme al marco legislativo dispensado por los artículos 35.2 y 36 del Código Civil. Hablar, pues, de dependencia implica no solo considerar la situación concreta de la persona individualmente⁷⁵⁶, sino también entenderla formando parte integrante de un gran colectivo que, al hilo del contrato de sociedad, se proyecta al Estado del Bienestar que nuestra Constitución propugna y los organismos internacionales consideran⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ Sobre las posibles formas de concebir la dependencia y sus respuestas como necesidad privada, riesgo social y derecho universal resulta imprescindible acudir al magisterio del profesor MERCADER en *Concepto y concepciones de la dependencia*, en la monografía que coordinan los profesores GONZÁLEZ ORTEGA y QUINTERO LIMA *Protección social de las personas dependientes*, Editorial La ley, Las Rozas (Madrid), 2004.

⁷⁵⁵ La persona jurídica es concepto discutido que merece profunda revisión para fijar con nitidez sus límites, evitar aventuras en sus espacios prohibidos y dotar de seguridad a su discurrir en el proceloso ámbito de la responsabilidad empresarial. Ya en 1950, Federico DE CASTRO en su trabajo *¿Crisis de la sociedad anónima?* Comenta que siendo rasgo esencial de la persona jurídica la total separación patrimonial entre sociedad y socios, cabía el riesgo de reducir el concepto a la pura abstracción hasta convertirse en instrumento encubridor y justificador de las más diversas e ingeniosas combinaciones financieras, lo que obligaría a los tribunales a descorrer el velo artificial de la sociedad y a juzgar conforme a la realidad.

⁷⁵⁶ En las estadísticas del IMSERSO sobre dependencia a fecha de 31 de octubre de 2015 se registran 779.373 beneficiarios con prestaciones de las que el 64% corresponde a mujeres en tanto que casi un 56 % tienen como destinatarios a personas mayores de 80 años. El número de afectados se incrementará a buen seguro en los próximos años, debido principalmente al envejecimiento de la población, pero también a la siniestralidad por accidentes en personas jóvenes y mayores (Fuente: Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad).

⁷⁵⁷ Y desde el *interés común* que el artículo 1665 del Código Civil refiere, el propio Preámbulo del texto constitucional llega a proclamar su propósito de *establecer la justicia, libertad y la seguridad, y promover el bien de cuantos integran la Nación española*. No se trata, pues, tanto de lograr la abundancia de medios como de ordenarlos para producir el benéfico efecto que se pretende. Dicho de

Según queda antes expresado, un rasgo que define claramente el concepto de dependencia lo aporta la necesidad de ayuda externa que proporciona una tercera persona. Sin este elemento no hay solución a las situaciones que de la misma se derivan porque la tercera persona constituye elemento integrador básico y tiene por objetivo acometer y afrontar los cuidados que el desempeño de los actos esenciales de la vida requiere. Esto también sucede en el esquema de nuestra disertación, pues a las dos partes vinculadas por el contrato de trabajo se suma la Administración del Estado como garante del cumplimiento de la normativa de seguridad y preventiva de riesgos laborales. No se trata tanto de desnudar a un santo para vestir a otro, sino reordenar los recursos y aprovechar las instituciones para dotarlas de eficacia. El recargo de prestaciones se nutre de estos principios informadores, para desde la dependencia cumplir su papel preventivo y reforzar su viabilidad resarcitoria.

La coordinación entre las Administraciones Públicas y de los distintos agentes implicados en la prevención de los riesgos laborales resulta necesaria para abordar con éxito las consecuencias nocivas que producen, en cumplimiento de los objetivos que tienen asignados por razón de materia y competencia⁷⁵⁸. Las Administraciones Públicas tienen un papel preponderante en la promoción y garantía del *Estado del bienestar* y, por consiguiente, en dar respuesta a los nuevos fenómenos sociales que se plantean. Cuando la superestructura que configura la instancia administrativa es fuerte y los niveles de representatividad son importantes, el conjunto de la población se ve reflejado en su actuar y los impulsos de asistencia se ven colmados y satisfechos en la labor oficial.

La intervención administrativa se ha centrado al campo básicamente de la Seguridad Social, cuya madurez ha ido creciendo con el paso del tiempo tanto en prestaciones económicas como en materia de asistencia sanitaria. Y en lo tocante a los Servicios Sociales, su existencia ha ido muy por detrás de lo sanitario y generalmente vinculado a este aspecto, como simple complemento subsidiario hasta su definitivo impulso por las Administraciones Autonómicas y Locales a partir de la Constitución Española de 1978. El compromiso, pues, de la sociedad se articula a través del Estado que debe dinamizar tanto lo público como lo privado mediante una regulación que contemple el enlace preciso entre todos los sectores implicados en la prevención

otro modo: no importa la cantidad sino la calidad. De ahí que lo decisivo sea el elemento espiritual que la noción de *bien* comporta, sin perjuicio de favorecer la existencia de los recursos materiales que inevitablemente se requieren para colmar nuestras necesidades y, en la materia que venimos tratando, dar eficaz respuesta a la reparación integral del daño cuando se trata de abordar las resultas del accidente de trabajo o la enfermedad profesional concurriendo infracción del deber de seguridad.

⁷⁵⁸ En el mayor número de casos cuando se trata de una sola tarea repartida entre varias Administraciones, la coordinación y las reglas en que se asienta solo constituyen manifestaciones de buena intención, debido a su carácter excesivamente descentralizado y la dispersión normativa que la mayoría de las veces comporta. Ello acarrea un panorama caótico en diferencias territoriales, solapamiento y cruce de funciones y, en suma, despilfarro de recursos que es preciso ordenar.

del riesgo laboral. Por ello se trata de abundar en los principios rectores que rigen la actuación de los poderes públicos, destacando el de *responsabilidad pública* que pasa, según hemos visto, por la adscripción de recursos y, a su vez, el de *corresponsabilidad* del propio trabajador, la empresa y demás agentes vinculados, con preponderancia de las Administraciones Públicas. Y todo ello en términos de eficacia, celeridad y flexibilidad, aspectos que obligan a invocar el principio de solidaridad como expresión natural de fortaleza y firmeza social en que el mismo por definición y concepto se constituye.

Como superación del estricto ámbito jurídico-privado⁷⁵⁹, el objetivo a cumplir consiste en trazar un recorrido que arranque del accidente de trabajo o la enfermedad profesional por infracción de las medidas de seguridad para seguidamente exigir el compromiso de las Administraciones Públicas y del conjunto de la sociedad en la reparación del daño. Y tan importante logro se daría no tanto porque formalmente así pudiera disponerse, sino porque materialmente estaremos trascendiendo tanto el círculo doméstico como la benéfica tutela en que históricamente se ha concretado el tratamiento a esta clase de situaciones (bien de garantía bien de dependencia, como expresión de debilidad practicada sobre situaciones vulnerables) para convertir la reparación integral del daño en un verdadero derecho subjetivo susceptible de ser exigido. En definitiva, el objetivo consiste en acceder al resarcimiento mediante un sistema eficaz de indemnización que rebase con mucho el tratamiento sesgado que se ha venido haciendo tanto por causa del desorden legislativo imperante como por el sometimiento sufrido a las veleidades y oportunidad del Presupuesto.

El objetivo se centra pues en trascender la tutela tradicional, entendida como *institución de protección* en sus vertientes personal y patrimonial⁷⁶⁰, hasta configurar el recargo como verdadero derecho subjetivo. Esta extensión del ámbito personal de cobertura y su conexión al universo de la prevención de los riesgos laborales –donde predominan las obligaciones de hacer y no necesariamente las prestaciones cuantificadas- implica plantearse la superación de la naturaleza económica del riesgo que, como apunta el profesor Alonso Olea, *se relega entonces a un segundo plano favoreciendo así la tendencia a igualar la protección ante la necesidad con independencia del riesgo que en concreto sea*

⁷⁵⁹ Los reforzamientos del principio de corresponsabilidad en ámbitos nucleares de la convivencia no son escasos y así se aprecia en la ley 42/2003, de 21 de noviembre, que vino a modificar el texto civil y su ley procesal en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, lo que implica abundar en el cumplimiento del artículo 39 de la Constitución, con la finalidad de proteger de forma integral a la familia, al tiempo que otorga importancia a los ascendientes en la configuración actual de una institución cada vez más abierta y renovada.

⁷⁶⁰ Entiende el profesor ESPÍN CÁNOVAS, en su *Manual de Derecho Civil Español*, (Vol. IV, Madrid, 1975), que *la tutela presenta un aspecto que excede del campo de las relaciones familiares y por ello hay quienes estudian la tutela al tratar de las incapacidades de las personas*, pero representando institución complementaria de la familia debe hablarse en sentido amplio de *relaciones cuasi-familiares*.

*su causa*⁷⁶¹. De tal modo que, como núcleo conceptual de Seguridad Social en que se constituyen las relaciones de dependencia, se venga a suplir la deficiencia o atender el exceso, pasando del riesgo social a la protección de la necesidad misma. Por ello entendemos que se dan en la actualidad todos los presupuestos favorables para obtener la reparación integral como resultado de combinar y abundar en aspectos fragmentados que solo necesitan ordenarse y reconocerse socialmente. Del mismo modo que ha sucedido en el ámbito civil donde el vínculo de dependencia ha estado directamente relacionado con el deber de alimentos entre parientes y configurado como la principal manera de atender las situaciones de necesidad en un modelo que ha sido preciso superar con criterios de actualidad y proyección hacia el futuro.

En suma, las posibilidades que atesora el esquema de la dependencia (como institución y concepto jurídicos) son amplísimas porque, además de escenario viejo, constituye espacio abierto donde todavía hay mucho territorio virgen por explorar, abriéndose a los ojos de la sociedad en busca de respuestas⁷⁶². De ahí que en el siguiente apartado abordemos la necesaria intervención del Estado en el objetivo de la reparación íntegra cuando el mecanismo tradicional se muestra insuficiente. En este marco de suplir y complementar no solo conciliando lo particular con lo público sino proyectándolo hacia su estabilidad y mejora, se sitúa el planteamiento que a continuación hacemos en relación con el compromiso que inevitablemente se adquiere mediante la institución de la responsabilidad objetiva, que si en su momento dedujimos del empresario en razón a su deber de protección ahora (para posicionar nuestra deducción final) hacemos respecto de la Administración Pública.

3.- EL COMPROMISO PÚBLICO.

Anteriormente hemos expuesto que cabe responder por hecho ajeno, siendo que el papel de la culpa queda diluido cuando no cabe hacer reproche alguno al autor de la consecuencia dañosa y sí centrar la atención en la mera causalidad, esto es, en el origen y las razones de la conducta. Frente al sistema tradicional que compone la llamada responsabilidad subjetiva por culpa se alza la de naturaleza objetiva que se traduce en condenar al que ha creado el riesgo⁷⁶³. Es manifiesto que con los estrechos

⁷⁶¹ En *Instituciones de Seguridad Social*. Ed. Civitas, Madrid 1982.

⁷⁶² El carácter poliédrico de la protección de las situaciones de dependencia ha sido tratado con tino y brillantez por la profesoras Susana BARCELÓN COBEDO y M. Gema QUINTERO LIMA en su estudio *Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia*, en la monografía que coordina la última junto al catedrático Santiago GONZÁLEZ ORTEGA, *Protección social de las personas dependientes*, Editorial La ley, Las Rozas (Madrid), 2004.

⁷⁶³ En palabras de Marcel PLANIOL y George RIPERT...*el juez debe en efecto analizar la conducta del autor del acto; el que sea culpable será condenado a la reparación. Si por el contrario el juez busca únicamente la persona capaz de asegurar la reparación y la condena solo porque el daño ha*

márgenes del principio de reparación contenido en el artículo 1902 del Código Civil, basado en la culpa o negligencia del autor y heredado del Derecho Romano, no cabía enfrentarse a los nuevos retos que las relaciones laborales y sociales del siglo XX imponían. Los accidentes de tráfico y circulación asociados a la idea de seguridad vial, unidos a los que se dan en el ámbito de la empresa como contingencias profesionales, hacen que estemos en presencia de la idea que gráfica y resumidamente describe la expresión *el daño se ha hecho anónimo* ⁷⁶⁴.

En estos casos de oscura motivación asistimos a una notable paradoja: a menudo y con seguridad las causas se muestran indeterminadas y confusas pero los autores están muy a la vista; unos por mostrarse como los ejecutores materiales y otros por permanecer en los aledaños de su producción y desarrollo. Y en todos los casos -al margen de la autoría- es manifiesto que debe responderse por las consecuencias dañosas, porque lo relevante aquí no es el autor sino el desplazamiento hacia la necesidad de reparar. Hay un riesgo objetivo y es precisamente esto lo que justifica el deber de indemnizar. La teoría del riesgo profesional se plasmó en materia de accidentes de trabajo mediante el texto refundido de su ley reguladora de 22 de junio de 1956, que parte de la insuficiencia de las reglas del Código Civil para dar respuesta al ideal de la íntegra reparación del daño. Así se viene a responder de un más allá de la apariencia o de lo declarado nominalmente en el contrato, encontrando la razón de indemnizar en la base objetiva que constituye la realización del accidente y el daño en cualquier clase de supuesto, incluso en situaciones fortuitas o en que se justifique por cualquier persona que obró con la diligencia debida ⁷⁶⁵, excepción hecha de dolo o culpa grave.

De igual modo que la Administración Pública establece las garantías para que el trabajador no sufra o se reduzcan las consecuencias del accidente mediante la normativa de prevención de riesgos, es también el engranaje institucional el que en última instancia debe responsabilizarse de la indemnidad del trabajador mediante compensación a la víctima por su propia falta de eficacia en la persecución del incumplimiento empresarial. Este es el diseño que a continuación desarrollamos.

surgido en ciertas condiciones, sin que haya lugar a apreciar su conducta, la responsabilidad se llama objetiva. Se condenará al que ha creado el riesgo.

⁷⁶⁴ En este punto deben considerarse las atinadas reflexiones de Alejandro NIETO GARCÍA en su *Derecho Administrativo sancionador*. Editorial Tecnos, Madrid 2005.

⁷⁶⁵ Expresión de este alcance nos lo muestra la normativa sobre navegación aérea desde la ley de 21 de julio de 1960 que la instaura.

3.1. Elementos nucleares.

a) La actividad ilícita es elemento nuclear y primario de la responsabilidad. Los actos pueden producir perjuicios pero éstos pueden estar revestidos de toda licitud y por tanto no serían causa de reparación alguna. Así en los casos de embargos y otras acciones que imponen un deber o un sacrificio en nuestros intereses morales o patrimoniales. El problema a menudo viene dado por la ingente variedad de supuestos que hacen difícil establecer una relación segura de supuestos, al margen de una tipificación inexistente que dificulta distinguir lo lícito de lo ilícito. La regla universal que obliga a reparar el daño causado parte de una actitud reproachable pero que no está necesariamente prevista: sin duda, de estar reglada la conducta en el contrato entre las partes existiría una referencia cierta, siendo en este caso lo dispuesto libremente por las partes el canon determinante de la infracción. En defecto de pacto, la propia ley se encarga de fijar el alcance de lo ilícito pero resulta imposible embutir en la norma la interminable variedad de conductas humanas que pueden darse como vulneradoras de la regla jurídica.

Es esa franja indeterminada de conductas, que pueden ser o no constitutivas de daño, lo que da sentido y completa el principio *non alterum laedere* romano que impone el deber general de no dañar a otro; y ello al margen del contrato expreso o de la infracción legal. Desde antiguo se ha querido suplir este inevitable vacío con la tabla de obligaciones legales que pasan por no cometer violencia contra las personas o las cosas, abstenerse de realizar toda clase de fraude o de engañar a otro, y no cometer actos que exijan el empleo de fuerza sin proporción, así como ejercer una vigilancia suficiente sobre las cosas peligrosas que se posean o sobre las personas de las que se tiene la guarda⁷⁶⁶.

b) La culpa es exigible en el contexto de la responsabilidad civil, toda vez no puede exigirse ésta si no hay previa infracción que haya cometido el autor del daño. Y para ello se requiere culpa o negligencia imputable; mas comoquiera que hay personas exentas por faltarles la conciencia de sus actos, se impone la responsabilidad de otros que sí vienen obligados; con una excepción marcada por el hecho de que emplearon toda la diligencia de un *buen padre de familia* para prevenir el daño. La culpa neutralizada por la diligencia común (el canon lo marca la expresión moral reseñada) en la prevención, esto es, en adelantarse al siniestro como materialización del riesgo presente en toda actividad humana susceptible de producir perjuicio. Resulta llamativa la presunción de culpabilidad que se da en este punto, que solo permite librarse de reproche cuando se prueba que se actuó con la diligencia debida. En efecto, la *culpabilidad negligente* es la que se produce por culpa y se opone a la intencional por dolo. Los matices que presenta, unido a su extensión y gradación, hace que sea obligado detenerse en los niveles de diligencia exigible conforme al patrón del *bonus pater familias* como hombre de prudencia media en relación a las

⁷⁶⁶ PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Ibérico-americana, 1996.

personas que se encuentran bajo su vigilancia o dependencia. Vemos aquí el trasunto que se produce entre lo propio y lo ajeno, entre lo concreto y lo abstracto, entre lo íntimo y lo próximo, en una circulación de intereses confundidos a la par que cohesionados.

En todo caso la culpa debe probarse por cuanto no cabe presumirla conforme al aforismo *quien usa de su derecho no daña a otro* (*qui iure suo utitur naeminem laedit*); sin embargo ello debe conectarse con la necesidad de obrar con diligencia y sin incurrir en el ejercicio abusivo de los derechos. Porque en referencia a lo primero, cabe ser responsable sin ilicitud previa dado que el esmero en prevenir situaciones de riesgo está condicionado por las circunstancias concretas que en ocasiones imponen un grado superior al medianamente requerido. El respaldo de legalidad no excluye que a menudo debamos afrontar los efectos del daño que llega teniendo plena conciencia de que el mismo se producirá porque ello supone contrariar elementales principios de moral y justicia. Y con respecto al ejercicio abusivo de derechos, no basta que la actuación comporte un aspecto externo de legalidad sino que es preciso que no esconda móviles ilegítimos de cualquier clase o que la utilización anormal de un derecho no se adecúe a su verdadero espíritu o finalidad.

c) Finalmente, debemos poner el centro de gravedad en que la exigencia de responsabilidad encuentra base en la existencia del daño mismo y en su reparación, que no en la noción de sanción para el culpable. La infracción que comete el empresario en el recargo de prestaciones es de naturaleza básicamente civil porque se nutre en el marco de una relación laboral siendo su alcance de orden público cuando la Administración viene a regularlo en clave inicialmente de prevención y después de sanción social. La existencia de esta consecuencia, la del daño, es la que determina a la postre la responsabilidad o no del causante o del obligado. Es la prestación la que se recarga tomando por base la omisión de un culpable civil, el empresario, que proyecta su efecto a reparar parcialmente un daño que en lo sustantivo ya ha sido resarcido por medio del reconocimiento de la prestación. Para que se de prestación debe objetivarse una carencia de recursos que haya obligación tanto de sustituir como de mejorar. De modo que si solo hay infracción de normativa social pero no daño al trabajador, no cabe hablar de responsabilidad de Seguridad Social alguna; solo de sanción y multa. Pero cuando el daño en la persona del trabajador se objetiva ya estamos en condiciones de abordar tanto la prestación como su *alargamiento* en clave de exigir responsabilidad ya al que aparece como su autor expreso ya al que se oculta tras la cortina de sus reconocidos deberes de prevenir y proteger.

Y no solo cabe la reparación del daño patrimonial, sino también el moral. Ello implica el concurso de un elemento de carácter inmaterial, al margen de la expresión física, que nos va a permitir una nueva perspectiva en el esquema de responsabilidad y ajeno a los sentidos de la vista y del tacto, pero compartiendo espacio junto al daño emergente y el lucro cesante. Si en el capítulo anterior hablamos de reparación íntegra, incluyendo el daño moral como manifestación de un ideal de justicia

difícilmente alcanzable, es hora de predicar también esta complejidad respecto de la relación de causalidad entre hecho y perjuicio. En su momento también analizamos este vínculo causal y establecimos las dificultades que encierra tan compleja cuestión para deducir que han de ser ponderadas las concausas y motivos remotos para, al margen de apreciaciones y resultados, señalar al verdadero responsable. En ese trance final estamos, aunque para ello tengamos que acudir a la coexistencia de otras culpabilidades como las que cabe imputar tanto al propio perjudicado como al autor material del daño.

3.2. Administración y culpabilidad.

No resulta pacífica la trasposición del concepto desde los ámbitos civil y penal al administrativo porque en todos ellos se dan elementos propios que arrancan en la simple constatación de la antijuridicidad hasta terminar en la determinación del autor, esto es, en el juicio de culpabilidad, entendido como reproche que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. El margen de actuación en ese comportamiento culpable admite distintos grados porque a diferencia de la normativa penal los elementos de dolo y culpa son muy diferentes por naturaleza y consecuencias. Sin duda pese a sus concomitancias, es manifiesto que el Derecho Administrativo Sancionador tiene sus propias peculiaridades; y la muestra más palpable consiste en la llamada responsabilidad objetiva del Estado⁷⁶⁷ en que no concurre culpa o negligencia en la conducta administrativa y pese a ello recibe el reproche social por no prevenir riesgos o faltar a su deber de proporcionar la debida seguridad a sus administrados.

3.2.1. Papel de garantía.

Esta clase de responsabilidad en el marco de la Administración deja al margen el concepto de culpabilidad precisamente para, en palabras de Alejandro Nieto, *no dejar indefensos a los particulares ante la agresividad de unas organizaciones gigantescas y de laberínticas tomas de decisiones*⁷⁶⁸. En la sociedad de riesgo en que nos encontramos el Estado se ha convertido en el último garante de que no se produzcan consecuencias fatales, adoptando medidas de prevención e imponiendo a los particulares otras para que tal resultado acontezca, porque es obvio que la infracción administrativa no es tanto la producción de un daño sino precisamente la de un riesgo abstracto. Esa es la gran diferencia entre la norma penal -que exige dolo

⁷⁶⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid nº 4, *La responsabilidad en el Derecho*, 2000.

⁷⁶⁸ NIETO GARCÍA, A., *op. cit.* (p. 376).

e intención de causar un mal en el autor del delito o falta- y la infracción administrativa en que basta la mera inobservancia formal del mandato o la prohibición de actuar en un sentido determinado. Porque en este punto lo determinante no es tanto la dinámica de la acción con resultado de daño sino el hecho mismo contemplado desde un criterio de ejemplaridad y quebranto estético al margen de toda noción de culpa. El peligro para la sociedad en este caso, justificativo de sanción, radicaría en un riesgo abstracto sin apoyo en aspecto alguno de nocividad. Se castiga por contravenir la norma al margen de toda otra consideración, resultando destacable el marco objetivo en que se produce por dejar fuera de todo interés factores de relevancia como el sujeto y el resultado dañoso.

Varios niveles en la actuación administrativa se contemplan: primero se empieza fijando un marco normativo (en este caso el relativo al incremento de las prestaciones de Seguridad Social que habrán de incrementarse como consecuencia de infringirse las medidas de seguridad en el ámbito de la empresa) para después adoptar toda una batería de reglas relacionadas con la prevención de riesgos laborales fijando como infracciones del orden social las que vulneran estas prescripciones en una ley especial. A continuación, compuesto ya el diseño legal, en una segunda fase se implementan medidas de actuación en lo relativo a su vigilancia constatando mediante la Inspección de Trabajo si efectivamente hay o no inobservancia de las medidas para finalmente imponer la sanción al empresario; y solo en este caso, se incrementan las prestaciones de Seguridad Social que se reconozcan por causa de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Como vemos en este proceso hemos pasado de la culpabilidad al mero incumplimiento, porque en efecto *el Estado no busca culpables ni siquiera autores sino responsables, hasta tal punto que a la mera inobservancia se corresponde la mera responsabilidad*⁷⁶⁹. Alimentan este esquema nociones como la culpa *in vigilando*, la llamada levísima y lo que se entiende como presunción de culpabilidad que tiene, en el ámbito procesal, su contrapeso en el principio de inversión de la carga de la prueba. Y como destinatarios personales, la figura del garante y de los responsables solidarios o subsidiarios de los que ya hemos tenido oportunidad de ocuparnos anteriormente.

3.2.2. Principio de personalidad y voluntariedad.

El elemento subjetivo de la infracción es relevante. En la materia que venimos tratando, la responsabilidad de la comisión del hecho recae por imperativo legal en el empresario infractor conforme dispone el apartado 3 del artículo 123 del texto refundido de Seguridad Social. Y en aplicación del principio de *personalidad* de la acción ilícita solo se responde por los hechos propios y no por los de otros, lo que de nuevo nos aboca a la consideración de su naturaleza. Es claro que tal principio

⁷⁶⁹ *Op. cit.* (p. 378).

descansa en criterios de corte penal y naturaleza restrictiva que limita la pena al autor, pero que nada tiene que ver por el contrario con el otro polo, el indemnizatorio, que justamente es (y con mucho) el predominante en el alcance último de toda prestación social. Además, aspectos como la solidaridad o la subsidiaridad en su papel de garantía lo desdican abiertamente como tuvimos ocasión de comprobar y más adelante desarrollaremos⁷⁷⁰. Porque, en efecto, una cosa es la autoría y otra muy distinta la responsabilidad como lo demuestran los supuestos del artículo 1903 del Código Civil y los numerosos ejemplos que podemos constatar en la realidad de los tribunales.

Asistimos así a un debate crucial determinado por la exigencia o no de culpabilidad en el autor de la infracción, esto es, dilucidar si basta la simple voluntariedad de la acción para deducir la responsabilidad del sujeto infractor. Esto no siempre concilia bien con la definición clásica de infracción administrativa que la entiende como *acción u omisión contraria a la ley, tipificada y culpable*, que constantemente recoge nuestra jurisprudencia. En ese vaivén nos movemos; indiscutiblemente la omisión que a menudo nuestro legislador hace de la culpa como elemento constitutivo de la infracción administrativa no puede determinar un vacío absoluto del mismo porque es claro que es una noción imprescindible en el universo sancionatorio. Ahora bien, ello no implica que de un sistema subjetivo de responsabilidad tengamos que pasar a otro de responsabilidad objetiva o sin culpa, o viceversa, donde se excluya toda noción al comportamiento del infractor y tengamos solo que valorar el resultado de la acción que termina por sancionarse. Pero en esta labor de acomodación hay grados como en casi todo. La exigencia absoluta de culpabilidad excluye todo atisbo de responsabilidad objetiva, aunque debemos relativizar premisa y consecuencia: la intención dolosa del autor ni cierra el marco de responsabilidad en los estrechos límites de su persona ni impide en última instancia pedir cuentas a quienes participan del hecho en segundo plano u omiten sus deberes de control y vigilancia.

El Derecho Público tiene sin duda un formato distinto al Derecho Penal; aquél atiende aspectos sociales que se omiten en éste, más centrado en la garantía de la persona individual; sus moldes y tendencias no son los mismos, de ahí la distinta evolución de uno y otro que impide su trasposición. No cabe el tránsito sobresaltado desde el todo a la nada, desde la exclusión a la exigencia máxima de intencionalidad en el resultado ilícito. La noción de culpa parte de la norma civil que nos conduce a la responsabilidad objetiva por razón de dependencia; en este esquema primario nos movemos y desde sus postulados básicos nos proyectamos al entendimiento de la cuestión que examinamos. Para ello debemos partir de ese seguro fundamento sin olvidar que la infracción se comete por una persona, sí, pero que al margen de la noción de culpa debemos considerar que uno es el resultado, el accidente, y que la

⁷⁷⁰ Vid. también NIETO GARCÍA, A., *Responsabilidad personal y responsabilidad del Estado*, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas n° 85, 2008.

reparación no debe exigirse solo a quien a título individual la comete sino también a quienes sin escapatoria alguna estamos implicados, esto es, a la sociedad entera.

3.2.3. Efectos de la mera inobservancia.

La infracción del deber de cuidado es constitutivo de culpa porque no puede prescindirse nunca del requisito de la posibilidad de evitar el resultado por la sencilla razón de que el Derecho nunca exige cosas imposibles. Es ésta obligación principal que llega al epicentro del régimen administrativo sancionador tomando el simple incumplimiento como causa de infracción⁷⁷¹ que, constituido en aspecto nuclear, equipara la omisión a la acción, como lo hace el artículo 11 del Código Penal en los supuestos en que bien existe una específica obligación legal o contractual de actuar o bien *cuando el omitente ha creado una situación de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción y omisión precedente*. Así pues debemos admitir que pese a la exigencia de culpa en la falta administrativa, se impone un predominio de lo que se entiende como infracciones formales, que ni contienen dolo o culpa ni llevan aparejado daño que resarcir. Basta solo la mera inobservancia y el riesgo de producir un peligro abstracto para que nos enfrentemos a la infracción que, frente a la finalidad represiva de la pena, tiene el objetivo de la prevención en un ámbito público de marcado carácter social⁷⁷².

Nos movemos en un punto crucial: la actividad laboral encierra un riesgo y la Administración conoce el índice de siniestralidad por accidentes de trabajo. Es obvio que no puede prohibir la actividad económica y por ello la regula, sometiénola a una suerte de *autorización administrativa previa*; primero mediante la inscripción de la empresa y su clasificación según la clase de trabajo que desempeñe; pero ese control administrativo no modifica el riesgo que trata de aminorar mediante otro control añadido y nucleado en torno a la legislación de prevención de riesgos. Pese a todo si la lesión se produce, no habrá responsabilidad por infracción alguna pero sí por el resarcimiento: son dos momentos distintos e independientes. Se podrá cumplir la normativa de seguridad pero eso no deja fuera la obligación de reparar; del mismo modo, el quebranto al llamado deber general de protección del empresario deja al margen el quebranto que igualmente puede imputarse a la Administración. Pero son

⁷⁷¹ El artículo 130.1 de la Ley reguladora del procedimiento administrativo común (LPAC) así lo entiende.

⁷⁷² Las situaciones de riesgo y peligro quedan reservadas a ordenación por norma administrativa, más allá del contrato de seguro privado entre las partes y de los escasos supuestos que merecen el máximo reproche por medio del tipo penal. De este modo podemos colegir que toda acción u omisión que implique un riesgo para la salud o la seguridad humana, así como el vertido de aguas contaminantes (Ley de costas de 1988, artículo 91.2 f) puede dar lugar a infracción administrativa a la vista de la generalidad del tipo infractor, si bien es cierto que junto a los ilícitos de riesgo pueden darse los ilícitos de lesión y los de desobediencia, siendo que pueden concurrir separada como conjuntamente.

juicios y valoraciones independientes que no se condicionan, porque lo cierto es que constituyen dos planos de responsabilidad diferenciados.

En el ámbito represor sí cabe mantener el criterio de culpa pero tratándose de una obligación nacida al calor de sistema público de protección social el recargo de prestaciones permite sin paliativos responder a un criterio de responsabilidad objetiva o sin culpa que resulta perfectamente asumible en nuestro ordenamiento jurídico sin comprometer principio constitucional alguno ni el derecho a la presunción de inocencia que asiste al infractor en esa primera fase: dos son las contempladas, una que sí es sancionadora sin duda, donde el empresario nudo responde por la infracción formal o la mera inobservancia; y una segunda, la reparadora nítidamente donde ya no juega el elemento de culpabilidad y debe atenderse al juego de la dependencia y de la responsabilidad por hecho ajeno donde, ahora sí, la Administración va a ser parte decisiva asumiendo su responsabilidad objetiva por el riesgo creado y por el resultado lesivo que el accidente de trabajo ha producido. Pero estas dos fases no tienen por qué ser sustancialmente diferentes, una represora y otra asistencial. La infracción que se exige para desarrollar el recargo no tiene que comportar necesariamente dolo o culpa grave, aunque la norma refiera la expresión *según la gravedad de la falta*, toda vez es manifiesto que el texto del apartado desarrolla la mera inobservancia en supuestos infractores de prevención de un peligro abstracto sujeto primero al filtro administrativo de la inscripción como empresa y después al pago del concepto recaudatorio de la prima variable que corresponda por actividad; y en todo caso, a una constante labor de inspección técnica ya de oficio ya a instancia de parte.

El porcentaje aplicable es variable pero cualquier tipo de infracción sería bastante para determinar el recargo, porque el precepto no requiere un concreto nivel de reproche sino que somete su cuantía a la graduación que administrativamente se establezca partiendo del dato de que el elemento imprescindible es la existencia de infracción que no de falta grave. Y como venimos sosteniendo en el elenco de infracciones también se incluye la llamada mera inobservancia o infracción formal, que en sí no tiene por qué excluir toda nota de culpa, *puesto que tal inobservancia o incumplimiento es consecuencia de una acción humana (ordinariamente por omisión) que puede ser culpable o no culpable. La inobservancia puede ser dolosa, culposa, por negligencia o por imprudencia o consecuencia de una acción no culpable en absoluto*⁷⁷³. Así las cosas, es claro que siempre habrá causa para derivar culpabilidad aunque exista un resultado sin intención ni voluntad de cometer falta alguna, en cuyo caso solo se permitiría la exclusión de responsabilidad invirtiendo la carga de la prueba en contra del infractor⁷⁷⁴.

⁷⁷³ También en este punto nos guían las atinadas reflexiones de Alejandro NIETO GARCÍA en su *Derecho Administrativo sancionador*. Editorial Tecnos, Madrid 2005.

⁷⁷⁴ En este punto Alejandro NIETO (p. 399) expresa: *Forzoso es decir que carecemos...y que las consideraciones que aquí se están haciendo casi son balbuceos a los que falta mucho tiempo de*

3.2.4. Imputación sucesiva.

En esta exploración que venimos haciendo de la responsabilidad, con o sin culpa, y de los caminos que la misma toma en el marco de la infracción que se comete y en el de su resarcimiento mediante el sistema de prestación e indemnización complementaria, debemos necesariamente referirnos a lo que se viene conociendo como *doble imputación* o *imputación sucesiva*, que implica tanto el examen de lo que a primera vista figura como de cuanto, como principal atribución, se esconde más allá de la apariencia.

En esa cadena de responsabilidad es manifiesto que debemos jugar con factores que se suceden: así ocurre en la mayoría de las ocasiones donde hay un infractor (o no) aparente y otro real pero que no se muestra en primer plano. La casuística es abundante; podemos someter a examen el flujo de deberes incumplidos, la concurrencia de licencias y actos fatales porque ese juicio elaborado en la búsqueda de imputación dará finalmente resultados, toda vez -ya lo hemos dicho antes- el logro de ese propósito cristalizará si somos capaces de ajustar los sucesivos filtrados y, junto a uno de riesgo concreto, aventuramos otro de peligro abstracto; en la seguridad de saber que, si finalmente fracasa uno u otro, siempre queda como último recurso acudir a la *nuda antijuridicidad*, marcada simplemente por una falta de mera desobediencia o mero incumplimiento o inobservancia. En la materia que estamos tratando, el deber general de seguridad que al empresario impone la ley laboral sería suficiente, de existir quebranto del mismo, para generar imputación en cascada y hacerle responsable del abono del recargo de la prestación. De igual modo, la Administración afrontaría la obligación general de asistencia y protección social que tiene encomendada respecto a sus ciudadanos en los supuestos legalmente previstos y en los que impone su deber de prevención del riesgo en el trabajo. También puede ser víctima de su papel intervencionista: si el exhaustivo control que ejerce desde su posición de ventaja implica una tupida red de normas que han de ser cumplidas, ello implica que tenga coherentemente el deber también exhaustivo de exigir su cumplimiento. Si hay resultado lesivo el primer responsable es el autor directo del daño pero también hay otro: el propio Estado que ha incumplido su obligación de asegurar el cumplimiento de los particulares⁷⁷⁵.

Es el fracaso de la ley, la mentira constante y la desesperación más absoluta porque si el Estado ha dispuesto *normar y normar* y decididamente se ha alzado como garante de legalidad, resulta fácil constatar tanto su manifiesto incumplimiento como el carácter insostenible de esa maquinaria de engullir en que se ha convertido. Tan

maduración. Y para agravar las dificultades, poca o ninguna pista dan las leyes para el despliegue teórico.

⁷⁷⁵ Esta consideración constituye el núcleo del capítulo y tras el arranque de aspectos rudimentarios y proseguir con el carácter instrumental que dimos al vínculo jurídico de la dependencia bien podríamos concluir que nos hallamos ante la consecuencia desvelada que todo hallazgo supone.

nefastas consecuencias comportan un dilema a resolver: o se dota de una inspección desmedida o acomete el desmontaje del modelo imperante. En todo caso, la afectación del Estado resulta ineludible; y con ello la atribución de responsabilidad objetiva por hecho ajeno que en definitiva no es más que, lisa y llanamente, pura responsabilidad civil.

3.3. Diversidad de autores.

En el ámbito del Derecho sancionador no se ha visto con buenos ojos la presencia de solidaridad porque supone quebrantar el principio según el cual cada uno debe responder de sus propios actos, sin que quepa su aplicación ni siquiera con el fin de una más eficaz tutela de los intereses públicos⁷⁷⁶. Responder por actos ajenos también compromete la proporcionalidad que debe aplicarse a cada uno de los declarados responsables pues toda consideración a las personas infractoras resultaría inútil. Pero en el ámbito de la infracción administrativa la cosa cambia: el propio Tribunal Constitucional la admite porque son mecanismos distintos de reproche y no debe hacerse una recepción de principios de forma mecánica y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico⁷⁷⁷.

Así pues, ya tenemos la posibilidad de que por una misma infracción puedan responder dos personas distintas, una como autora material de la misma y otra -al margen del responsable directo- tenga que hacerlo por imperativo legal, que además y generalmente coincide con el encargado de asumir las consecuencia económicas. Es claro que este planteamiento encierra muchas dudas sobre su procedencia porque los tribunales todavía no han formulado unos criterios firmes en la materia sobre los que transitar con seguridad. Debemos acudir a la casuística porque corremos del riesgo de extraer consecuencias generales en un campo minado de situaciones muy variadas y por tanto divergentes en su tratamiento:

1. Una variante de cuanto decimos se muestra cuando hay una solo infracción y los distintos autores reciben consecuencias distintas e independientes; en este caso no podemos hablar de solidaridad propiamente, sino de pluralidad de responsables concurrentes ante un único hecho infractor al que cabe anudar distintas infracciones a resultas de acciones diferentes cada una ejecutada por su autor⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ STS 26-1-1988, RA 573.

⁷⁷⁷ STC 76/1990, de 26 de abril.

⁷⁷⁸ Buena muestra de este aspecto lo tenemos en los mecanismos de responsabilidad en cascada que se contienen en la Ley del Suelo.

2. En cambio cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición corresponda *conjuntamente* se responderá de forma solidaria de cuantas infracciones se cometan y de las sanciones que se impongan conforme al artículo 130.3 del texto legal que regula el procedimiento administrativo común (LPAC). Sobre este particular nos remitimos a lo expresado en el capítulo V.
3. El papel del garante exige la presencia de un responsable principal y entra en juego cuando éste incumple su deber de afrontar las consecuencias de la infracción. El problema puede surgir cuando la ley que así lo disponga no establece que la garantía en caso de incumplimiento sea ya solidaria o subsidiaria. Aunque lo determinante sin duda radica en que se responda por la infracción principal cometida por otro: el tenor literal del citado precepto no puede ser más expresivo cuando establece que se responde además por las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa.

En este panel de situaciones se discute si en todo caso debe concurrir culpabilidad de los partícipes de la infracción en alguna de las fórmulas expuestas, siendo que el ajuste a la ley debe hacerse desde, una vez más, la casuística y el supuesto concreto. En ocasiones resultará imprescindible la exigencia, al menos la concurrencia, de un cierto nivel de dolo o culpa aunque sea leve, máxime cuando la inobservancia comporte un tipo de reproche importante por lo que el elemento sancionador será preponderante cuanto más se aproxime al orden penal. En cambio, el principio de personalidad de la sanción⁷⁷⁹ se alejará de la culpa en la medida en que la infracción tenga un componente nítidamente administrativo o se haya faltado a los deberes de vigilancia o control en la prevención de la misma. Y este plano nos aboca a la consideración de que las personas jurídicas pueden ser sujetos de infracción. Vimos que los actos y omisiones de los que responder también pueden tener como autores a las sociedades y entidades que como tal actúan el tráfico jurídico por medio de sus órganos; son construcciones que a menudo buscan la eficacia en la reparación del quebranto dejando planteamientos más o menos dogmáticos relacionados con la culpabilidad y residenciando la responsabilidad en las persona físicas que las dirigen y representan⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ Se expresa en el artículo 25.1 de la Constitución Española y sustancialmente implica la responsabilidad por hechos propios. Pero como venimos diciendo *infractor* y *responsable* son conceptos distintos. Y una extensión de esta dualidad la constituye el supuesto de las personas jurídicas cuyo marco de responsabilidad podría situarse en los artículos 42, 43 y 182 de la Ley General Tributaria de 2003.

⁷⁸⁰ La jurisprudencia ha evolucionado conforme lo ha ido haciendo el devenir de los tiempos; desde la STC 246/1991, de 19 de diciembre, que inequívocamente reconoce la responsabilidad directa de las personas jurídicas y su capacidad infractora, el Tribunal Supremo se ha ido acomodando a la realidad cambiante cometiendo contradicciones y sin fijar una postura uniforme hasta el presente.

En la Ley de Infracciones del Orden Social (LISOS) responden las personas físicas y jurídicas al tiempo que las comunidades de bienes, prescindiendo totalmente de la culpabilidad personal de los agentes físicos. Y ello se hace en el convencimiento de que una solución contraria llevaría a vaciar por completo todo el flujo de responsabilidad y consagraría la más vergonzosa de las impunidades favoreciendo el deterioro de las relaciones laborales. Basta el mero incumplimiento de la norma en este ámbito para que la infracción se produzca al margen de la consideración a la culpabilidad de su autor y del resultado dañoso. Se impone como decimos una cuestión de orden práctico, buscando que la sanción se cumpla mediante una ampliación de la garantía a través de la persona jurídica, por lo que ni siquiera se plantea el dogma de la culpabilidad en estos casos.

Con este punto de partida es fácil colegir que si no cuestionamos la responsabilidad de las personas jurídicas tampoco debemos plantearnos la responsabilidad de las Administraciones Públicas infractoras, que evidentemente pueden contrariar tanto la normativa administrativa como la social, cuando actúan como empleadoras. En materia de sanciones no se trata de imponer la multa para que se produzca el traslado de capital de un erario público a otro, sino de asumir el principio de legalidad y, al margen de todo efecto de aritmética contable, constatar el hecho vergonzante de la comisión de la falta para seguidamente reparar al perjudicado. En el caso de sanciones a la Administración hay que superar la exigencia de culpabilidad y deducir la consecuencia que evidentemente no pasa por revertir de forma ingenua el reproche al conjunto del cuerpo social. Estas construcciones de favor no hacen sino contribuir a la impunidad injustificada de los entes públicos que infringen la norma por medio de sus agentes y representantes. Y ello dejando al margen las disputas entre órganos y corporaciones en todos los niveles de la Administración de distinto signo, color y aspecto.

La infracción que pueden cometer las Administraciones Públicas pueden ser en calidad de autoras o de garantes, ya porque actúen por sí mismas de forma directa o porque falten a su deber de previsión. En ambos casos debemos diferenciar los conceptos de autoría y responsabilidad, porque esta última noción encierra un significado de compromiso amplio que no se agota ciertamente en la mera comisión. *Spondere* en su sentido etimológico significa *prometer, obligarse, comprometerse a algo*, ideas que asociadas al prefijo *re* denotan un reforzamiento del vínculo. Queda así ligada la responsabilidad al incumplimiento de obligaciones derivado de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia determinando la indemnización de daños y perjuicios que se ocasionen, conforme disponen los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, en lo referente a los actos propios, y el 1903 siguiente, si por hecho ajeno del que se deba responder mediando razón de dependencia.

La dificultad de localizar a los verdaderos responsables nos ha conducido al recurso de la responsabilidad objetiva, aquélla que se conforma con la imputación de la simple inobservancia y que más difusa se hace incluso cuando entra en juego el

factor de dependencia y resulta responsable no el autor de la infracción sino el obligado por hecho ajeno al ostentar un papel dominante en ese vínculo. Así, vemos que la imputación puede obedecer a innumerables causas: desde señalar al causante directo, que puede terminar por volatizarse, hasta señalar al que más allá de la máscara toma la decisión infractora.

Estamos, pues, en presencia de una complejidad de situaciones pero sobre todo ante una pluralidad de participantes que dificultan fijar un marco seguro de responsabilidad. En un solo hecho infractor, junto al autor directo, caben los inductores, los coautores, quienes encubren y los cómplices...entre otros muchos. La ley administrativa cuando se plantea tan decisiva encrucijada hace responsables de las infracciones a las personas físicas o jurídicas que incurran en aquéllas como regla general; y, en particular, *a la persona que directamente realice la actividad infractora o la que ordene dicha actividad cuando el ejecutor tenga con aquella una relación contractual o de hecho, siempre que se demuestre su dependencia del ordenante*. Y cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de una infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquel o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades⁷⁸¹. Este diseño legal responde al propósito de impedir toda escapatoria al infractor pero debemos reconocer que en esta maraña de sujetos y participantes no es complicado acertar en la fijación de los verdaderos responsables, máxime cuando los recursos e instrumentos tecnológicos contribuyen decididamente a construir puentes de plata.

Las fronteras entre autoría y responsabilidad están bien diferenciadas: desde el Derecho Penal se informa que hay exenciones capaces de eliminar toda responsabilidad del autor y por el contrario sabemos que las consecuencias de los actos de otros se afrontan por terceros muy distantes del lugar y de la comisión misma del hecho. En suma, para el legislador no cabe duda alguna de que se es infractor por realizar el tipo y se es responsable porque así viene declarado en la ley. Este esquema pasa por ser el modelo que se irradia a las legislaciones sectoriales, partiendo del dato de la culpa hacia el autor incluso por inobservancia, pero haciendo responsable al obligado a la realización de una conducta conexa, que ahora sí cae en el marco de la exigencia objetiva. Sintetizando, podríamos decir que hay supuestos en que no hay personalización pero sí extensión de garantía. Esta imagen cabe trasladarla al empresario infractor: el recargo no puede exigirse por autoría a un tercero pero en cambio sí es posible transferir sus consecuencias a otro por vía de responsabilidad objetiva⁷⁸².

⁷⁸¹ Así se expresa el artículo 70 de la ley de Montes, de 21 noviembre de 2003, que puede servir como modelo actual de referencia.

⁷⁸² Este fenómeno lo contempla la legislación de tráfico y seguridad vial cuando obliga al titular del vehículo a proporcionar los datos personales del conductor en caso de infracción.

Al margen de dogmatismos, soluciones no faltan cuando se trata de hacer justicia material: la responsabilidad puede provenir de la ley haciendo culpable a uno en sustitución de otro; puede tener origen en la culpa ya sea *in vigilando*, *in eligendo*, *in conservando* u otras; por vía de contrato de seguro; y también por el aprovechamiento que de las resultas de la infracción hacen terceras personas. Esta dicotomía encuentra sentido en la estructura de la norma sancionadora, integrada de un elemento primario que contiene un mandato o una prohibición y otro secundario que tipifica la infracción: de este específico responde el autor; sin embargo, el incumplimiento de la norma primaria siempre tiene como destinatario al responsable. Según este planteamiento el empresario tiene el deber de seguridad en el trabajo respondiendo en exclusiva del recargo en caso de inobservancia del mismo. Ya tenemos al autor secundario que se identifica con la persona misma del infractor. Determinar al responsable final implica saber a quién se dirige la norma, quién es en última instancia el destinatario de la misma. Sobre esta consecuencia volveremos enseguida. El mandato es general y a su cumplimiento venimos todos obligados: la prevención del accidente de trabajo se alza sobre un deber compartido entre una pluralidad de agentes, aunque su quebranto concreto y real se materialice solo por el llamado *empresario infractor*. Y ello porque debemos distinguir entre el autor material y el responsable último como venimos sosteniendo. Este papel se mantiene alejado del escenario de la infracción pero tal circunstancia de lugar no impide su imputación incluso en los supuestos en que haya obrado con diligencia, porque siempre cabe el reproche, por mínimo que sea, de que pudo haberse esforzado en su papel de vigilancia o elección de las personas obligadas al cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer que le venía impuesta.

En este contexto, autoría y responsabilidad se muestran nociones separadas aunque el ideal primario venga dado por su más perfecta simbiosis: *prima facie* únicamente deberían ser responsables de las infracciones quienes las cometen. Pero venimos diciendo que el marcado propósito de satisfacer las necesidades humanas hace que la respuesta jurídica sea a través de ficciones legales que amplían el campo de responsabilidad acudiendo a figuras de proximidad como la coautoría o la instrumentación de otros. Por ello se habla de autores materiales e instrumentales, en un juego de espacios comunicantes donde la distinta denominación queda relegada a un segundo plano para imponer finalmente (e identificar) expansivamente a la persona obligada a cargar el gravamen de la infracción. Y para ello el lenguaje meta-jurídico es un aliado imprescindible pues no se olvide que estamos en un escenario en que tiene lugar una representación, una ficción en definitiva, y que la función debe proveerse de un texto literario con una presentación de inicio, un nudo argumental y por supuesto un desenlace: en materia de accidentes de trabajo, la tragedia y la descarnada realidad de los hechos lesivos que a menudo acompañan a las incapacidades laborales, con largos periodos de convalecencias y resultados

adversos, bien pudieran constituir el prefacio de la obra representada; el nudo está formado por la prolija legislación en materia infractora y preventiva, marcada fundamentalmente por las dos normas directrices que son la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL); y finalmente el desenlace viene protagonizado por la acción protectora que nuestro artículo de referencia, el 123 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, comporta y que nos exige identificar al responsable de la reparación porque al infractor ya le tenemos marcado desde el primer momento. Por eso nos preguntamos si además del nudo infractor hay algún otro responsable más allá de la apariencia y, si es así, cuál es su título de imputación y el alcance de su obligación de reparar.

En esa fina y delicada tarea de separar las realidades de evidenciar a los autores primero y de señalar a los responsables finales después, influye sin duda un deliberado propósito del legislador pero tal resultado no puede responder a criterio de arbitrariedad alguno. Por ello se imponen vínculos de cooperación o de mero incumplimiento de un deber que puede consistir en la falta de vigilancia o de prevenir que otro cometa la infracción. Es habitual en los textos que regulan los diferentes regímenes sancionadores asistir a esta dualidad que distingue los autores (sujetos infractores) de los responsables (entre cuyas representaciones a menudo figuran administradores, sucesores, garantes entre otros muchos que lo son por diferentes títulos y rangos de sustitución, solidaridad o subsidiariedad). Y ello es así (¡y debe ser así!) porque no siempre los autores materiales responden para siempre; al margen de la declaración inicial hemos visto cómo la empresa obligada al recargo desaparece y la prestación se esfuma. O cómo fallece el causante y la Tesorería de la Seguridad Social se embolsa la parte del capital coste no gastado en la reparación. Estas disfunciones se producen por una manifiesta imperfección regulatoria que podría ser fácilmente subsanada. Ante ese vacío de responsabilidad es menester acudir a la figura del garante que cubra ese déficit de protección. Y para consumir este ideal de reparación nada mejor que acudir a un sistema de equilibrio que ponga blanco sobre negro en el tapete de los intereses en conflicto, sí, pero sobre todo y también en el de la seguridad jurídica para evitar el desorden y las vías muertas que ha mucho imperan en el ámbito de nuestro estudio.

En el tejido, pues, de los conceptos elementales que conforman la nítida separación de los binomios hecho/infracción y autoría/responsabilidad se haya el remedio de cuantas controversias puedan darse, si lo que pretendemos de verdad es buscar luces y no perdernos en los laberintos de la dogmática. Porque desde la sencillez de los recursos y desde la fortaleza de los cimientos podremos llegar a superar los problemas que, larvados en el tiempo, resisten toda solución: nos referimos al debate de su naturaleza que se ha querido ver como el origen de todos los males que aquejan al recargo de prestaciones. Si desde el primer momento hubiésemos tenido claro que el hecho es el accidente y que la infracción del deber de seguridad es solo la causa de una prestación de Seguridad Social incrementada y cuya responsabilidad se enmarca en el Sistema Público que la sostiene, quizá así, fortaleciendo esa idea conceptual

primaria, se hubiesen evitado consecuencias perversas e interesadas que en su dinámica ya hemos tenido ocasión de señalar.

Del mismo modo, si en consonancia con esta premisa hubiésemos distinguido además que en el marco de toda infracción pueden darse no solo autores materiales del ilícito sino responsables obligados al ideal de la reparación íntegra, habremos dado un paso de gigante en la resolución de un arcano que tanto viene costando descifrar. Es la sutil diferencia entre lo material y lo jurídico, que no tienen por qué corresponderse, y que encuentra razón de ser en la búsqueda de respuesta al vacío de responsabilidad consintiendo una situación de injusticia. Es un relleno necesario que nuestro sistema jurídico recrea como signo de madurez; es la analogía que no consiente lagunas donde puedan naufragar nuestras mejores expectativas y más elementales derechos cuando sufren quebranto por voluntad ajena o por simple azar. De ahí que un elemental sentido de la coherencia nos obligue a pasar desde el ámbito de la responsabilidad civil a otro, perfeccionado y más complejo, que conforma el sistema de protección pública, cuyo epítome cristaliza en la propia Seguridad Social y que se constituye en recurso de garantía, conforme al principio *donde no hay autor, existe responsable* que le otorga pleno sentido y fundamento.

En conclusión, nuestro ordenamiento no siempre pone el acento en el autor directo de la infracción; este es solo una referencia causal porque lo importante es la reparación. Y así la norma a menudo establece toda una cascada de responsabilidades que preservan y blindan el objetivo del resarcimiento. Se impone, pues, centrar nuestro esfuerzo en una cuestión práctica superando las disquisiciones causales de la culpa. Porque cuando hablamos de reparar buscamos a quien es capaz de hacerlo y dispone de medios adecuados. Atrás con seguridad ha quedado el autor del ilícito, pero no es tanto pasar factura como salvaguardar su cobro. En suma, lo decisivo no es preguntarse por qué sino, una vez acontecido, por quién deben afrontarse los efectos del siniestro. Así nos proponemos hacer a continuación, tomando como premisas los intrincados senderos en que se mueve el principio de culpabilidad en el ilícito infractor, a sabiendas de las dificultades que encierra su localización en el comportamiento de los autores donde siempre es de apreciar al menos una mínima inobservancia en el cumplimiento de la normativa de seguridad. Éste es aspecto esencial que inexorablemente nos conduce a un marco de responsabilidad objetiva del que es prácticamente escapar y que consagra un principio clave para asegurar la protección a la víctima del daño, por cuanto el responsable último queda fuera de toda exigencia de culpabilidad en su conducta.

Con estos mimbres abordamos el papel de garantía que cabe imputar a la Administración General del Estado nacida al calor del deber de prevención que impone la regulación específica en materia de riesgos laborales. Y ello desde su condición de autora que viene determinada, primero, por el concepto de responsabilidad objetiva y, después, por la normativa sobre infracciones del orden social en la consideración de la inobservancia como hecho imponible.

4.- DEBER DE PROTECCIÓN E INFRACCIÓN SOCIAL.

El deber de protección del empresario está determinado con claridad en la propia ley. Más atrás, cuando así lo comprobamos, dirigimos la mirada al autor directo del ilícito que pone en pie toda la maquinaria en que el recargo de prestaciones se asienta. Pero se hace necesario ahora transcender ese ámbito para conocer qué papel juega la Administración en particular y si cabe sostener algún grado de responsabilidad en su conducta omisiva.

La infracción del empresario es noción inagotable; en primer lugar, porque el concepto de *falta* que emplea el texto de Seguridad Social se ha visto reemplazado por el más abierto de *infracción* que contiene la ley administrativa en su artículo 5, lo que permite extender la responsabilidad a otros agentes situados al margen del contrato de trabajo. Y después, porque los concretos incumplimientos contienen tal grado de exigencia y amplitud que cualquier posibilidad de escapatoria se muestra imposible. Llegamos así a la conclusión de que la deuda de protección debe entenderse en sentido amplio, toda vez el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales asigna a la empresa ese genérico deber que también incluye a la Administración Pública cuando actúa en calidad de tal, aunque con matices: el Real Decreto 928/1988, de 14 de mayo, en su artículo 3 se remite al 2 de la LISOS, pero en el apartado 4 establece un privilegio a favor de las Administraciones infractoras en materia de prevención de riesgos que se ha querido justificar en una supuesta dificultad de *auto-sanción*, razón por la cual se sustituye por un sistema de requerimientos para subsanar las anomalías⁷⁸³ que solo se limita a fijar medidas correctoras en el ámbito de la Administración General del Estado.

El deber de protección se hace tan intenso que se conmina al empresario a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores *en todos los aspectos relacionados con el trabajo* (18 LPRL); y se expresa en clave de máxima garantía abarcando la práctica totalidad del proceso productivo en lo que la propia ley denomina *acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva*. Sin duda, esto no es predicar con el ejemplo dado que se exige al empresario privado lo que se es incapaz de llevar a efecto en casa propia, quizá para esconder sus propias carencias. Y ello por no acometer el núcleo principal de la cuestión que venimos tratando porque si en verdad no es nada ejemplarizante que la Administración escape a las mismas sanciones que el común de los empresarios, tampoco lo es faltar al deber de *vigilancia* que de forma intensa y categórica impone a la conducta de otros pero que no se exige a sí misma.

La responsabilidad por hecho ajeno, según venimos comentando, encuentra un campo abonado en el marco del contrato de trabajo pero también en espacios de relación no regulados expresamente, pues tiene lugar en multitud y variedad de situaciones originadas en la periferia del mismo. Así acontece en supuestos de

⁷⁸³ Su desarrollo se regula en el RD 707/2002, de 19 de julio.

subcontratas y en casos en que incluso concurre culpa del trabajador cuando se falta al deber de vigilancia que obliga al empresario principal -por imposición del 15 LPRL- en su tarea de impedir riesgos, evaluar los inevitables y proceder a su neutralización desde el origen, lo que obliga a una tarea de permanente control, tan ardua y sostenida que hace del deber de protección una exigencia sin límites ni condiciones, como en su momento advertimos. No obstante el mínimo margen de escapatoria, el rigor de la norma y de los tribunales en su aplicación hacen que, lejos de sentar unas condiciones que inviten a la confianza y a la corresponsabilidad, se vengán acentuando la distancia y el recelo, invitando al incumplimiento y a la rebeldía normativa: las vulneraciones a los mandatos reglamentarios de seguridad por el empresario implican necesariamente la consecuencia del recargo, viniendo obligado además a probar que cumplió en un marco de presunción de culpabilidad que solo se entiende rota en supuestos de temeridad y caso fortuito⁷⁸⁴.

Las críticas que incesantemente se hacen a la figura de nuestro estudio parten de su complejidad, aplicativa más que regulatoria, y generalmente coinciden en sus valores preventivos, al menos en su propósito. Y es en este punto donde debemos incidir porque solo este objetivo sería bastante para mantenerla en pie, pero una vez más fracasa la perspectiva y el enfoque. Porque si nos empeñamos en considerarla como un remedio antiguo entre dos intereses enfrentados, entre el empresario infractor y el trabajador accidentado, sin comprometer a quien ordena y se alza como garante del proceso, poco podremos avanzar en dotarle de sentido y virtualidad. Resulta paradigmático de cuanto decimos la propia redacción del apartado 2 del artículo 123 LGSS (164 ahora) cuando hace recaer *directamente* la responsabilidad del recargo. Directamente sí pero no de forma exclusiva, mantenemos; como si el entorno social y los agentes que en su producción y prevención intervienen fuesen seres inmateriales y (¡esto es lo más grave!) impunes.

Dicho criterio restrictivo de responsabilidad empresarial se genera sin duda en el contexto del contrato de trabajo y en los albores de un Estado Mínimo. La evolución histórica de la normativa laboral ha dispuesto de mecanismos correctores que no siempre se han empleado con fortuna para compensar el siniestro laboral como son un equilibrado sistema de primas que venga a premiar la mayor o menor diligencia del empresario, su inversión en medidas y mejora de condiciones además de considerar el grado de siniestralidad. Seguir esa línea -que implica entronizar la función punitiva del recargo al margen de todo criterio tuitivo- se muestra contrario a la realidad: no puede hacerse gravitar la deuda de seguridad en el trabajo exclusiva y excluyentemente sobre el empresario sancionando con la nulidad de pleno derecho

⁷⁸⁴ Es criterio consolidado que la imprudencia temeraria del trabajador no exime de responsabilidad empresarial conforme expresa la reciente la sentencia que dicta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 18 de mayo de 2016, en el recurso de suplicación 1142/2016, y que el caso fortuito rompe el nexo de causalidad como también sostiene el mismo Tribunal en la de 28 de abril anterior recaída en el precedente recurso 1141/2016, que estudia el supuesto de una empleada en la sección de perfumería de unos grandes almacenes que tiene el infortunio de soportar la caída por tropiezo de una cliente produciéndole lesiones.

todo propósito que tenga por objeto desplazar tal responsabilidad. Y la fórmula la reiteramos ahora: basta con reconocer la existencia de la responsabilidad compartida y admitir la innegable intervención pública que sin atajo alguno conduce al valor de la solidaridad, como en los anteriores capítulos hemos desarrollado.

4.1. La prevención como obligación administrativa.

La protección de la integridad física del trabajador es un valor constitucional y un derecho básico del que se adornan los sistemas civilizados. El nuestro no es excepción y cuenta con normativa más que suficiente para fortalecer ese deber que, además de al empresario, corresponde ejercer al Estado. Así lo establece el artículo 43.1 de la Constitución Española cuando encomienda a los poderes públicos la garantía de proteger la salud y en concreto velar por la seguridad e higiene en el trabajo en su artículo 40.2. En ese vocablo de *velar* sin duda se encierra el deber de prevenir que ahora sí toca al Estado en exclusiva, sin perjuicio de que la ley 31/1995 admita limitaciones en el empresario para abordar la magnitud de dicha tarea. En efecto la ley le impone el deber de evaluar los riesgos y el de vigilar la salud de los trabajadores, en particular la que afecta a ciertos grupos de trabajadores, así como los de información y formación además de transferir cuanta documentación se refiere a los distintos contenidos que integran la acción preventiva de la empresa al objeto de que por parte de la Administración laboral se pueda conocer y vigilar el cumplimiento del deber de prevención que *prima facie* recae sobre el empleador.

No olvidemos que para el cumplimiento de los fines que se expresan en la ley se establecen obligaciones tanto a las Administraciones Públicas como a los empresarios, los trabajadores y sus respectivas organizaciones representativas⁷⁸⁵. Mayor implicación no cabe: la Administración Pública se instituye como sujeto del deber de protección y como garante de ese deber. El artículo 5 de la citada norma básica es fiel exponente del ambicioso propósito intervencionista en materia de prevención de riesgos, llegando incluso al compromiso de futuro según literalmente se extrae del apartado 2 de su artículo 6:

1. Las normas reglamentarias indicadas en el apartado anterior se ajustarán, en todo caso, a los principios de política preventiva establecidos en esta Ley, mantendrán la debida coordinación con la normativa sanitaria y de seguridad industrial y serán objeto de evaluación y, en su caso, de revisión periódica, de acuerdo con la experiencia en su aplicación y el progreso de la técnica.

⁷⁸⁵ Tal es el sentido de cuanto dispone el artículo segundo. Y cuando se hace referencia a trabajadores y empresarios el siguiente artículo 3 expresa que *se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración Pública para la que presta servicios, en los términos expresados en la disposición adicional tercera de esta Ley.*

A tal punto llega el intervencionismo en la materia que antes de atraerse la facultad para sancionar los incumplimientos llega a fijar con rotundidad su competencia para vigilar todo el proceso. Así establece como deber *la vigilancia y control del cumplimiento por los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales*, entre los que debe incluirse la propia Administración en el doble papel antes indicado, esto es, como empresa y autoridad. A mayor abundamiento, el artículo 7 acoge tan importante obligación que literalmente amplía con estas palabras:

b) Velando por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales mediante las actuaciones de vigilancia y control. A estos efectos, prestarán el asesoramiento y la asistencia técnica necesarios para el mejor cumplimiento de dicha normativa y desarrollarán programas específicos dirigidos a lograr una mayor eficacia en el control.

Velar por el cumplimiento no es expresión dogmática sin contenido, todo lo contrario: viene a conectar con la responsabilidad objetiva que implica el vínculo de dependencia entendido como premisa de la misma. Su raíz latina es el verbo *vigilare* que ninguna traducción precisa. Fiel a este objetivo la política en materia de prevención de riesgos laborales se articula en la ley en base a los principios de eficacia, coordinación y participación, ordenando tanto la actuación de las diversas Administraciones Públicas como la participación de empresarios y trabajadores, a través de sus organizaciones representativas. La Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, que en la misma se crea, aparece como un *instrumento privilegiado de participación* en el objetivo preventivo que se pretende. Además de las obligaciones y responsabilidades de los actores directamente relacionados con el hecho laboral alcanza un propósito favorecedor de *una auténtica cultura preventiva* en todos los niveles educativos e involucra a la sociedad en su conjunto presentándolo *como uno de los objetivos básicos y de efectos quizás más trascendentes para el futuro*.

El papel coordinador de la Administración se ve acompañado de la participación de empresarios y trabajadores. De órgano asesor y participativo que figura en el diseño normativo que del mismo hace el artículo 13 de la ley se pasa al reconocimiento expreso de responsabilidad que en la presentación de su página web se contiene: *De esta manera, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo aglutina en su seno a todos los agentes del Estado español responsables e implicados en la mejora de las condiciones de trabajo y de la calidad de vida laboral y se configura como un instrumento privilegiado de participación en la formulación y desarrollo de la política en materia de prevención*. El ámbito de imputación se extiende sin remisión; de referir *las obligaciones y responsabilidades solo a los actores directamente relacionados con el hecho laboral* que figura en la exposición de motivos de la ley, apartado 4, pasamos ahora a una implicación colectiva que, fiel a

su espíritu, alcanza no solo a éstos por medio de sus sindicatos y asociaciones más representativas sino que ahora sí compromete abiertamente tanto a la Administración General del Estado como a las Comunidades Autónomas y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en cuantas obligaciones se derivan de la política preventiva, entre las que se incluye y destacan las relacionadas con el control y vigilancia de su normativa y aplicación de la misma.

En su momento dejamos bien sentado que al derecho del trabajador a la seguridad y salud laborales corresponde el correlativo deber del empresario a dispensarla por efecto del artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, siendo que el marco general normativo se muestra muy riguroso para con éste, al punto que - quizá para mitigar su llevanza y garantizar el cumplimiento de ese deber- posibilita concertar operaciones de seguro siempre que tengan como cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo⁷⁸⁶.

El artículo 21.3 de la ley básica preventiva es bien llamativo de cuanto decimos, esto es, de la implicación del conjunto de la sociedad en la temática del accidente de trabajo, toda vez la tarea hercúlea del empresario en asumir la carga de protección llega al punto de que, cuando se incumple ante la existencia de un riesgo grave e inminente, se traslada en forma de derecho de resistencia y desobediencia a los representantes de los trabajadores y a la Administración por medio de la Inspección de Trabajo: cuando no adopte o no permita la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, los representantes legales de éstos podrán acordar la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por dicho riesgo, comunicándolo de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, que en el plazo de veinticuatro horas anulará o ratificará la paralización acordada. Tal flujo de comunicación entre los agentes próximos al hecho laboral y la Administración también se hace patente con ocasión de garantizar la salud de los trabajadores: el empresario viene obligado a comunicar por escrito a la autoridad laboral los daños para la salud de los trabajadores a su servicio que se hubieran producido con motivo del desarrollo de su trabajo.

Las muestras del intervencionismo administrativo en la prevención del accidente de trabajo se hacen cada vez más ostensibles; y poco a poco se van acentuando los rasgos de la garantía en las exigencias adicionales que impone al empresario en situaciones tanto de excepcionalidad como de normalidad por razón sanitaria. Así acontece en el artículo 27.1 de la citada ley preventiva cuando protege especialmente a los menores de dieciocho años, exigiendo la confección de una evaluación de riesgos que tenga en cuenta los específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes que encuentren causa en su falta de experiencia, su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y su desarrollo todavía

⁷⁸⁶ Conforme tenemos expuesto al analizar el artículo 15.5 LPLR.

incompleto. Indudablemente el supuesto (por contexto y contenido) posee una acusada evocación de los términos en que se expresa el acrisolado artículo 1903 del Código Civil cuando nos descubre el territorio de la responsabilidad objetiva. Y la figura paternal de la Administración emerge cuando otorga protección al allí menor civil y aquí trabajador vulnerable. Es tan importante la tarea de prevención colectiva que además del empresario como garante de seguridad primario también se compromete al conjunto de trabajadores por medio de los delegados de prevención y comités de seguridad y salud, que pueden recurrir a la Inspección de Trabajo en el caso de que aquél incumpliera sus deberes⁷⁸⁷.

Y llegamos a las responsabilidades que en el artículo 42 de la mentada norma se concentran en la figura del empresario, del que cabe exigirles en toda suerte de gamas e intensidades, declarándose que las de naturaleza administrativa serán compatibles con las que puedan fijarse en otros órdenes incluso con las indemnizaciones derivadas del recargo de prestaciones en el ámbito de la Seguridad Social. Es cierto que casi todo el marco de responsabilidad remite a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social pero permanecen aspectos importantes en relación con los requerimientos de la Inspección al empresario incumplidor que incluso pueden llegar a la paralización de la actividad en caso de peligro grave e inminente⁷⁸⁸.

4.2. La infracción en el orden social.

Constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social. Con este texto que inicia la norma refundida⁷⁸⁹ nos situamos en la sustancia misma de nuestro propósito: la inobservancia de la Administración, esto es, la omisión de su papel como garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos determina su responsabilidad. Queda entonces por saber si podemos colgarle, además de autora por inacción, el papel de responsable: cuando desde su artículo primero se habla de *distintos sujetos responsables*, cabría señalar alguna clase de resquicio en esa dirección, pero en materia laboral y de Seguridad Social el primer obligado en extensión e intensidad sin duda alguna es el empresario. Aunque como vemos se deja atrás la noción de

⁷⁸⁷ Pero al margen de esta línea, la seguridad va más allá y alcanza a fabricantes, suministradores y proveedores de maquinaria, herramientas y útiles, imponiéndoles el deber de informar, envasar y etiquetar en condiciones que no representen peligro en su empleo evitando toda clase de riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores.

⁷⁸⁸ Llama la atención que el precepto (que habla de las infracciones administrativas) conserve y atisbe el procedimiento sancionador válido en el ámbito del personal al servicio de las Administraciones Públicas y que salda mediante el simple requerimiento a las unidades inspeccionadas, conservando el principio que excluye el instrumento de la auto-sanción.

⁷⁸⁹ Real Decreto legislativo 1/2000, LISOS.

autoría material que deja paso a la más extensa de responsabilidad y que permite ensanchar la mirada más allá del escenario donde la contingencia profesional aparece.

4.2.1. Falta de vigilancia.

El Decreto 89/1998, sobre procedimiento sancionador, deja claro desde el umbral de su articulado que la infracción se produce también por inobservancia y que los sujetos responsables pueden ser muy diversos; para ello acude a la fórmula abierta de la imputación que cabe sufrir por acción y omisión de deberes que supongan un quebrantamiento de cualquier disposición de orden social que así lo disponga. El citado Reglamento General excluye a las Administraciones Públicas de su ámbito de actuación sometiéndolas al juego de las correcciones, marginación que el Real Decreto 707/2002 confirma en especial cuando regula el procedimiento aplicable en materia de prevención de riesgos laborales que se configura como un verdadero privilegio. Aunque no debemos olvidar que este trato de favor es predicable en su papel de empleador pero no como garante sobre el que más adelante volveremos. Aún así es chocante admitir que los incumplimientos de la normativa ahora se llamen *irregularidades* y que en el desarrollo de la labor inspectora se elabore no un acta de infracción sino una *propuesta de requerimiento* que a su vez termina no en la imposición de alguna suerte de sanción sino en una serie de medidas correctoras de las *anomalías* al objeto de subsanarlas. A tal punto se suaviza el rigor que incluso la decisión final en el supuesto de paralización de actividad por grave e inminente peligro corresponde a la autoridad gubernativa en detrimento de lo acordado por la Inspección de Trabajo con carácter previo. Por ello supone todo un eufemismo constatar que la corrección de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, en el ámbito de las Administraciones Públicas, se sujetará al procedimiento y normas de desarrollo del artículo 45.1 y concordantes de la ley básica reguladora. Primero porque se ha sustituido el régimen sancionador por la mera corrección que, aun siendo o pudiéndose tomar como medida mínima de orden disciplinario, evita el término sanción; y en segundo lugar, porque abiertamente no se habla de *Administración infractora*, sino de una suerte de ámbito administrativo donde tiene lugar el ilícito o el quebranto de seguridad. La sujeción al procedimiento del precepto que se indica sigue hablando de *medidas correctoras por incumplimiento* cuya imposición se reserva a la autoridad competente impidiendo de forma subrepticia toda posibilidad de auto-sanción, conforme antes hemos visto con indulgente pasmo.

Y nuevamente se hace expreso el marco de la omisión para declarar responsable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, entre las que cabe incluir a la Administración Pública, aunque su papel como garante de la normativa de prevención de riesgos queda solapado y oculto debido al protagonismo que ocupa en la incoación y desarrollo del proceso sancionador. Pero es preciso rastrear el marco

de la norma primaria en materia de responsabilidad para conocer al menos el nivel de autoinculpación que pueda llevar a cabo y los resquicios que nuestra perseverancia pueda encontrar en el propósito de cerrar la herida abierta del recargo cuando el deber de protección solo apunta al empresario como único responsable sabiendo que los demás agentes no pueden quedar indemnes en una cómoda postura de expectativa *tancredista*. La LISOS extiende la imputación a los promotores y propietarios de la obra (incluso a los trabajadores autónomos) en virtud del principio integrador que supone repartir entre los agentes que comparten un mismo espacio de actividad organizada. Y de manera particular también a quienes tienen el deber de velar por la seguridad y la salud en el trabajo que concreta en los servicios de prevención ajenos a las empresas, auditorías y entidades encargadas de la formación *que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia*⁷⁹⁰.

El artículo 40.2 de la Constitución Española encomienda a los poderes públicos la tutela y salvaguarda de la seguridad e higiene en el trabajo empleando para ello el término *velará*, verbo que en el Diccionario de la Lengua se identifica con el de vigilar y que implica una acción que va más allá de la mera observancia al contener un plus de diligencia que reflejan las circunstancias en que dicha tarea de control se ejerce; de ahí las acepciones que guardan relación con las condiciones adversas de nocturnidad y con el esmero que se deduce de los adjetivos de modo *atenta o solícitamente* aplicados al cuidado o esmero en que debe llevarse a cabo. Bien está que la infracción se predique del empresario y de los agentes de proximidad que intervienen, sean éstos auditores o trabajadores autónomos. Pero no hace falta que todo esté reglamentado ni ordenado o previsto de forma expresa; también los silencios y las omisiones tienen consecuencias jurídicas, como estamos viendo. A la magnitud de obligaciones impuestas y agentes participantes en la seguridad y la salud de los trabajadores se une en papel protagonista el Estado como garante último de un deber de rango constitucional, porque es manifiesto que el máximo valor de la vida y la integridad física así lo justifican.

Es por tanto la transgresión de un deber objetivo de cuidado lo que determina la responsabilidad más que la lesión efectiva de un derecho, porque en la perspectiva global de ese proceso prevalece el factor preventivo frente a la asunción de un resultado dañoso. Así, en este marco de obligaciones, el empresario debe procurar los medios e informar sobre el correcto uso de los mismos, vigilando de su cumplimiento; y debiendo el trabajador ajustarse a las instrucciones que en este sentido emanen del poder directivo de aquél. Pero sin duda la deuda integral de seguridad rebasa el marco estricto del contrato de trabajo para comprometer a otros responsables en cuyo horizonte siempre figura la Administración Pública como garante final.

⁷⁹⁰ Así expresamente se establece en el artículo 9.2 LISOS.

4.2.2. Autoría, negligencia y graduación.

Un rasgo inevitable para que la infracción laboral, ya por acción ya por omisión, pueda darse consiste en que con carácter previo esté tipificada y sancionada en la propia ley como refiere su artículo primero. Es, como venimos diciendo, el empresario el responsable primario, pese a lo cual hay campo para señalar a otros: *Asimismo, tendrán dicha consideración las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables y en las materias que se regulan en el presente Capítulo.* Con esta apostilla avanzamos en el texto legal a sabiendas que el alguacil *alguacilado* es solo metáfora de una situación oculta que solo perseverando podremos desvelar. Y la respuesta llega seguidamente en fórmula abierta que entendemos encierra toda una hoja en blanco pendiente de redactar:

Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley.

Ahora sí tenemos un marco seguro de referencia en que aparcar nuestro decidido empeño de comprometer a la Administración en su deber de responder por hecho ajeno. El trabajador sufre el accidente y la empresa responde por incumplimiento de su deber de protección. Pero en esa cobertura no está sola: la propia ley reconoce que junto a la autora hay otros responsables que pueden incumplir la normativa por omisión, porque el marco legal que nos expresan los artículos 11 a 13 del texto refundido nos agrupa un núcleo compactado y extenso de infracciones leves, graves y muy graves, siendo que tenemos aún el vasto territorio de una prolija normativa existente en la materia. Y aunque la determinación del responsable final sea a menudo tarea de orfebre, sí contamos con un manual básico de instrucciones que nos permite desentrañarla. También hemos superado el espacio contractual *sensu estricto*, porque junto al autor material cabe imputar responsabilidad a otros agentes que se mueven en su entorno, pues lo relevante no es tanto determinar quién fue el autor de la infracción como señalar y determinar el sujeto que debe responder de la conducta antijurídica⁷⁹¹.

En cuanto a las sanciones rige el principio gradualista en razón a una serie de criterios generales que parten de la negligencia o la intención del autor y se hacen acompañar de otros concretos que se aplican en el marco de la prevención de riesgos. *Calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta Ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y*

⁷⁹¹ En tan contundentes términos se expresa la sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre con ponencia de su presidente y recordado maestro Francisco TOMÁS Y VALIENTE.

requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida. Téngase presente que se habla de *sujeto infractor* y que se deja a salvo, de momento, al responsable último que obviamente juega un papel de cobertura y garantía, situado generalmente al margen del escenario en que la infracción acontece.

La negligencia es criterio de graduación importante que se aproxima al descuido o mera inobservancia del deber de seguridad en la línea que ya hemos visto. Viene marcada por los términos de la norma administrativa⁷⁹² que salva el siempre comprometido principio de culpa y que puede tintarse de matices sutiles pero que en todo tiempo y lugar cabe atribuir a toda acción humana con resultado dañoso. Aspecto distinto es la intención que se tenga de producirlo o que ni siquiera llegue a producirse, en cuyo caso abrimos un espacio de inocencia (*no daño*) siempre predicable del autor de la acción pero que nada tiene que ver con el posicionamiento y papel del responsable. Hablamos, pues, de un solo hecho infractor que se encuentra en el origen del proceso, pero de dos imputaciones que se formulan en momentos distintos: la que nos sitúa frente al autor culpable y la que es exigible al que no cuidó y al que también cabe atribuir -aunque sea mínimo- cierto grado de negligencia: así el requisito de culpa queda garantizado.

Por eso en el estricto ámbito de las responsabilidades empresariales no puede haber sorpresa alguna: en las relaciones por contratas o con usuarias el vínculo de dependencia o espacios comunes entre principal y contratista (o subsidiaria) determina la imputación de todas las implicadas en régimen de responsabilidad solidaria, llegando a la declaración de nulidad y fraude de ley cuantos pactos puedan establecerse para eludirla. Y llama la atención que el legislador en este punto haga una precisión respecto del recargo de prestaciones responsabilizando a la empresa usuaria cuando tiene lugar la vulneración de la norma de seguridad. Es decir, el empresario infractor no es la empresa de trabajo temporal propiamente sino el obligado a mantener un espacio laboral libre de riesgos. Sin duda constituye más que una excepción una precisión a la norma exclusiva y excluyente del segundo apartado del tantas veces referido artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social. Responde aquí no el empresario sino el obligado a garantizar un deber de seguridad. Esta traslación de responsabilidad⁷⁹³ es igualmente predicable a otros espacios en que un tercero asume el deber de vigilancia; con mayor motivo si además es el encargado de promocionar y sancionar las conductas contrarias a la seguridad y la salud de los trabajadores.

⁷⁹² En referencia al artículo 130 de la Ley reguladora del procedimiento administrativo común (LPAC).

⁷⁹³ Ver capítulo IV. 3 sobre *Responsabilidad compartida en contratas, subcontratas y empresas de trabajo temporal*.

5.- DERIVACIONES FINALES.

Mediante la normativa de prevención de riesgos el Estado establece las garantías en orden a la protección de la seguridad en el trabajo, por lo que en última instancia asume y se responsabiliza de la indemnidad del trabajador por su propia falta de eficacia en la persecución del incumplimiento empresarial. En este apartado final abordamos la salida que a nuestro juicio merece el recargo: integrarlo en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado conforme a los principios que rigen esta técnica general de reparación por razón de garantía para a continuación hacer tabla rasa del mismo haciéndolo desaparecer. Y una vez depurado, renacerlo bajo un nuevo rostro y en contexto distinto, como ave fénix que necesitara de un nuevo aire para sobrevivir.

5.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración.

Es curioso observar cómo en la evolución legislativa de la materia que tratamos se ha pasado de la total irresponsabilidad del Estado a un sistema de responsabilidad directa y objetiva de la Administración en todas sus personificaciones (donde debemos incluir a la Seguridad Social) por todos los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en virtud del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa. Sin embargo este instituto muestra diferencias con la responsabilidad civil de la Administración porque si bien ambas figuras garantizan el resarcimiento de toda lesión en el patrimonio de los particulares la forma de manifestarse de una y otra es distinta: en aquélla la actividad administrativa se presenta con anterioridad a la lesión a modo de intervencionismo intencionado; sin embargo en el segundo caso se muestra como un hecho sobrevenido que produce un daño que debe ser afrontado con posterioridad a su producción. Es este modelo el que opera en los supuestos de accidentes del trabajo en que, pese a la prevención regulada, el evento dañoso por falta de medidas acontece de forma súbita y sus consecuencias han de ser reparadas.

No hay culpa del autor; se responde objetivamente porque, aunque previsible, el daño se produce sin que forme parte del preciso protocolo aunque sí del trazo grueso del guión. bastando con que el mismo se muestre con rasgos de antijuridicidad. Se trata de concepto jurídico que nos vincula al de *lesión*, más completo que el de *perjuicio* que solo muestra un alcance material y económico. No presupone conducta ilícita del autor del daño sino un resultado lesivo en el patrimonio, los bienes y derechos, del que sufre esa acción o esa negligencia porque como venimos diciendo la inacción administrativa en la vigilancia de las precisas condiciones de trabajo puede generar su responsabilidad. Nos encontramos, pues, ante la posibilidad de afrontar una lesión que se muestra resarcible por contener un perjuicio antijurídico sin que concurra causa alguna que pueda justificarla, esto es, que no se tenga el deber jurídico de soportarlo: y es claro que tal efecto acontece en los supuestos de contingencias

profesionales cuando el deber de seguridad del empresario fracasa y el deber de vigilancia de la Administración también.

El presupuesto de la responsabilidad objetiva sin duda es la actividad administrativa pero también la omisión de sus deberes de cuidado. La doble capacidad de la Administración- que le permite actuar indistintamente por los cauces tanto del Derecho Público como Privado- no representa obstáculo alguno para su *directa* exigencia toda vez su tratamiento procedimental común y la consideración de la actuación del agente productor del daño como acto propio de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre⁷⁹⁴. Es interesante reparar en el dato de que la obligación de resarcir viene dada al margen de todo vínculo contractual entre la Administración y el perjudicado aspecto éste que consolida su alcance objetivo, de verdadera responsabilidad civil, y que evita un título concreto de imputación. Es la fórmula general del *funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos* la que desencadena la obligación de reparar. En este punto cabría preguntarse si los servicios de prevención de las empresas tienen carácter público o si participan de un mero alcance privado. Y es claro que se abre una gama de matices muy amplia donde tanto la normalidad de una actividad lícita como la anormalidad (ya sea por acción, omisión o diligencia) administrativas pueden generar la lesión resarcible. Pero junto al daño legítimo o ilegítimo susceptible de reparación se alza el riesgo que la propia Administración puede crear debido a su propia dinámica y ser inherente a su propia actividad. De ahí que también se responda del caso fortuito por nacer justamente de una emergencia interna y no de acontecimientos exteriores como supone la fuerza mayor, según queda expresado⁷⁹⁵.

5.1.1. Mecanismo integrador de reparación.

Encuentra origen en la redacción derogada del Código Civil de 1889, artículo 1903, que como responsabilidad extracontractual hacía responsable al Estado, *cuando obra por mediación de un agente especial*. Esta responsabilidad civil subsidiaria de carácter público se determinaba en los artículos 40 a 49 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 que recogía el principio contenido antes en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, artículo 121⁷⁹⁶, conforme al cual la

⁷⁹⁴ Así lo expresa el artículo 144 de la Ley 30/1992, que como hemos referido regula el régimen jurídico y procedimiento administrativo común. La ley 39 de 2015, que la deroga, entra en vigor al año de su publicación, esto es, el 2 de octubre de 2016.

⁷⁹⁵ Expresamente descartada en el propio enunciado legal que contiene el artículo 139.1 de la ley reguladora del procedimiento administrativo común.

⁷⁹⁶ En su Exposición de Motivos se advierte que la previsión contenida en el artículo 121 de indemnizar las lesiones provocadas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas que, como discrecionales, no sean impugnables en vía contenciosa, no se formula con alcance y términos ilimitados, sino que estrictamente se contraen a las lesiones sobre los bienes y derechos objeto de la Ley de Expropiación; en otra forma, no se hace sino extender el

Administración indemnizará a los particulares del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. También podemos hallar antecedentes en la Constitución de la República de 1931 y en la Ley de Régimen Local, estando el marco actual determinado por los artículos 106 de la Constitución Española y 139 a 146 de la Ley de Procedimiento Administrativo:

*...los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*⁷⁹⁷.

De la responsabilidad civil del Estado hemos pasado al giro *indemnización por otros daños* de la expropiación forzosa para ya -en pleno campo administrativo- recalar en la *patrimonialidad* que indica el 40 de la ley de 1957 y que por inercia sigue en la vigente ley regulatoria del procedimiento común. El artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 es paradigmático de la responsabilidad administrativa: en un estilo claro y directo se hace responsable a los entes locales de los daños y perjuicios causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, remitiéndose en bloque y sin concesiones a la legislación general sobre la materia. Como caracteres podemos indicar que se trata de un sistema unitario y general, por cuanto se aplica en todas las Administraciones Públicas y a cuantos sean perjudicados por la actuación de éstas. Y sobre todo que se trata de una responsabilidad objetiva y directa que no requiere de culpa y que prospera en tanto sea identificable un resultado lesivo del actuar ya normal ya anormal de la Administración, por cuanto los particulares no deben sacrificar sin compensación alguna sus bienes y derechos al interés común que como valor superior debe anteponerse. Todo ello en el bien entendido de que concurra una necesaria relación de causalidad conforme la jurisprudencia viene exigiendo⁷⁹⁸.

principio de la justa indemnización, desde la privación jurídica de la propiedad por razón de utilidad pública a la privación o menoscabo de la misma acaecida de hecho, como inevitable efecto de la acción administrativa. Ir más allá hubiera sido desbordar los límites técnicos que el objeto impone a una ley de expropiación.

⁷⁹⁷ El Tribunal Supremo, con ocasión de analizar la demanda de responsabilidad patrimonial por la muerte de un recluso en un centro penitenciario, dispone en relación a lo que debe entenderse por servicio público que *viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suele presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración; [...] de ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello; ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración, que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal* (STS de 4 de enero de 1991, RJ 1991/500, F. J. 2º c).

⁷⁹⁸ A este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000/405) analiza el supuesto de recluso que se suicida en establecimiento penitenciario y expresa: *la imprescindible*

En definitiva no es tanto comprobar la existencia de negligencia en el actuar del agente, funcionario o autoridad pública como de poner el acento en la tasación del resultado dañoso que su actuación haya generado⁷⁹⁹.

5.1.2. Ámbitos de actuación.

Respecto del ámbito subjetivo, por *particular* deber entenderse no solo el administrado en general como persona física sino cualquiera otra ya sea de naturaleza pública o privada, incluyendo a todo perjudicado por la actuación de la Administración, lo que permite incluir a otras Administraciones⁸⁰⁰, acudiendo a la regla de la analogía del Código Civil del artículo 4.1 en los supuestos en que no haya regulación expresa y sí identidad de razón. Y sobre la autoría es manifiesto que tampoco se exige la comisión del daño por la propia Administración sino que basta que el nexo causal se mantenga siempre vivo aunque sean otros quienes lo produzcan de forma directa por cuanto la ordenación del proceso y su control solo a ella competen:

...cuyos actos que plasman una función administrativa por ser fruto de la potestad administrativa (venta, recepción, sellado de boletos y envío de boletos apostantes), son como si emanaren directamente de los órganos estatales, con lo que se quiere indicar que el nexo causal no resulta incidido por la intervención del despacho auxiliar, pues los actos concretos que por éste se realizan, ajustándose o no a las prescripciones y normativas reguladas administrativamente por el Organismo Autónomo, han de entenderse realizadas por éste, del que aquél es un mero instrumento auxiliar, configurándose plenamente la relación causal generadora de la responsabilidad exigida⁸⁰¹.

relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes (aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización).

⁷⁹⁹ En este sentido se posicionan MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIVIÑO, C., en *Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, quienes también advierten del peligro de que el actual sistema se desnaturalice convirtiéndose en una suerte de seguro universal costado por fondos públicos, lo que obliga a un tratamiento de máxima prudencia.

⁸⁰⁰ *La misma razón impide que tal resultado dañoso haya de ser soportado por una Administración Pública cuando ésta tiene su patrimonio propio y cuando el daño procede del funcionamiento del servicio de otra Administración, que es titular de un patrimonio distinto del de la Administración lesionada, puesto que el deber de indemnizar se basa en el mismo fundamento, que es evitar que una persona pública o privada haya de soportar la lesión o daño antijurídico producida por el funcionamiento de los servicios de la Administración Pública* (STS 2 de julio de 1998, RJ 1998/6059, FJ 4º, a y c).

⁸⁰¹ Fundamento jurídico quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10381).

El ámbito objetivo viene marcado por el daño que debe ser producido por una actividad antijurídica y ser individualizado, efectivo y evaluable económicamente: aquella cualidad se alcanza si no hay obligación de soportarlo; luego *a sensu contrario*, debemos admitir que hay cargas que por ley debemos arrostrar; así, los impuestos y otros gravámenes de contenido diverso *por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga o algún precepto legal que imponga al perjudicado el deber de sacrificarse por la sociedad*⁸⁰².

Se descarta el sacrificio colectivo o social, lo que requiere que el daño deba concretarse e individualizarse *bastando con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable*⁸⁰³. Además, la efectividad del daño comporta la existencia de una incidencia real, perfectamente delimitada y negativa en el patrimonio del particular o grupo de personas y que la misma resulte económicamente evaluable con exclusión de toda hipótesis, afrontando la dificultad de los perjuicios morales mediante su oportuna compensación económica.

5.1.3. Dinámica y alcance.

El sentido amplio, la expresión *funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos* a los que anudar cualquier tipo de lesión que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes y derechos ha quedado bien consolidada por nuestros tribunales⁸⁰⁴, fijando dos aspectos nucleares en referencia a nuestro estudio:

- Primero, que la inactividad de la Administración genera responsabilidad patrimonial si el servicio público deficiente genera un resultado dañoso: así sucede cuando el Ayuntamiento no repone las tapas del alcantarillado sustraídas por terceros, toda vez es su obligación vigilar su buen estado y

⁸⁰² Sentencia también del Alto Tribunal de 27 de septiembre de 1997 (RJ 1997/8484).

⁸⁰³ Fundamento jurídico cuarto de la STS de 29 de octubre de 1998 (RJ 1998/9519) que analiza el supuesto de accidente de automóvil en vía industrial, no de uso y titularidad públicos.

⁸⁰⁴ Las sentencias de 15 de junio de 1989 (RJ 1989/4338) y 22 de marzo de 1995 (RJ 1995/1986) del Tribunal Supremo son citadas por la que el mismo Tribunal según hemos visto en nota anterior emite con fecha de 23 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10381), que en su fundamento jurídico cuatro sienta, al juzgar el papel de la Administración en controversia sobre la Lotería Primitiva, que *a los fines del artículo 106.2 de la Constitución la Jurisprudencia ha homologado como servicio público toda actuación, gestión o actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo*.

reponerlas en caso de que falten *pues, aunque la protección de la embocadura del alcantarillado no hubiese sido eliminada por el servicio público de mantenimiento, lo cierto es que el desagüe se encontraba sin tapa con grave riesgo para los viandantes y para los automóviles que circulaban por la calzada, a pesar de lo cual dicho servicio municipal no se percató de ello o, de conocerlo, no procedió a evitar el peligro reponiendo la rejilla protectora*⁸⁰⁵.

- Y después, que la anormalidad del servicio no está necesariamente vinculada a culpabilidad alguna: basta la simple inobservancia o la falta de cuidado para generar responsabilidad como se desprende de la STS de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000/405), al analizar el suicidio de recluso en establecimiento penitenciario:

El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que basta con demostrar, como aprecia la sentencia de instancia, que objetivamente existió una deficiencia, aun cuando fuera aislada, determinante de la omisión de cuidados que pudieron evitar el fallecimiento. El no haberse advertido al centro penitenciario de los antecedentes de tendencia suicida del interno constituye por sí mismo un elemento demostrativo de que la vigilancia practicada no fue suficiente, pues de haberse conocido esta circunstancia las autoridades del centro hubieran, como afirma la sentencia de instancia, ordenado cuidados especiales que hubieran podido impedir el suicidio.

En la misma línea de predominio objetivo se mueve la normalidad en el funcionamiento donde no se advierte infracción ni defecto algunos: éste es un punto de inflexión muy delicado porque constituye la quintaesencia de la responsabilidad objetiva. Aquí el comportamiento de la Administración se mueve un marco de legalidad y descartamos todo atisbo de culpabilidad en la conducta del agente, pero se produce un daño antijurídico aunque sea de mínima relevancia; porque lo decisivo para su existencia es el componente de riesgo que se crea, es decir, que aunque imprevisible forme parte y se desarrolle dentro del giro o tráfico administrativo, lo que incluye el caso fortuito y no la fuerza mayor, expresamente descartada en el propio enunciado legal que exhibe el artículo 139.1 de la ley reguladora del procedimiento administrativo común⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2000 (RJ 2000/2450) y 15 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10244).

⁸⁰⁶ La doctrina jurisprudencial (por todas la sentencia de 1 de noviembre de 2001, RJ 2001/10098, a la que sigue la de 13 de marzo de 2003, RJ 2003/3292) diferencia ambas figuras: *en el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre*

Aspecto central es el referido a la relación de causalidad, solo rota como decimos por la fuerza mayor a la que cabe añadir la gravísima negligencia de la víctima en la producción del resultado dañoso. Las distintas teorías sobre la misma nos ayudan a comprender la evolución habida: no cabe predicar la *exclusiva* de la Administración hoy en desuso, ni tan siquiera la llamada de *equivalencia de condiciones* que implica considerar al mismo nivel la relevancia de las causas concurrentes; finalmente, la teoría de la *causalidad adecuada*⁸⁰⁷ se encuentra en un lugar intermedio entre las dos anteriores. En base a esta teoría es necesario seleccionar la causa que sea por sí sola idónea o adecuada para producir el daño, con arreglo a la experiencia común.

En este aspecto también conviene destacar la concurrencia de culpas para determinar en qué grado se reparten las consecuencias de la reparación entre los agentes que intervienen. Pero al descartarse la responsabilidad exclusiva de la Administración y atribuirse carácter objetivo, la negligencia o culpa de la víctima solo actúa para moderar o reducir el *quantum* indemnizatorio de igual modo que la participación de terceros hace que exista un reparto proporcional de aquél. Por ello en la realización de la lesión antijurídica, la responsabilidad se fijará para cada Administración en

otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida». b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado».

⁸⁰⁷ *El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final y la doctrina administrativa tratando de definir que sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que solo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una "conditio sine qua non", esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y solo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios. (STS de 28 de noviembre de 1998, RJ 1998/9967, FJ 3º).*

atención a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención⁸⁰⁸.

Por ello, y para concluir, podríamos sostener que de igual modo que la responsabilidad patrimonial, ya por aplicación de actos legislativos ya por el funcionamiento de la Administración de Justicia, completa el cuadro general (139. 3 y 4 LPAC) en un marco unitario de reparación dentro del estricto ámbito del Derecho Administrativo, también cabe predicar el mismo tratamiento en el orden social conforme al principio general de responsabilidad que consagra el artículo 9.3 de la Constitución Española y que en el ámbito del recargo de prestaciones presenta connotaciones propias que no deben ser ni mejoradas ni suprimidas sino rehechas para que esta institución centenaria pueda seguir cumpliendo su propósito reparador pero en un medio saneado, congruente, sostenible y eficaz en los términos que seguidamente proponemos⁸⁰⁹.

5.2. Propuesta de regeneración.

El recargo es institución aprovechable para combatir la siniestralidad; por ello debe ser mantenido aunque desprovisto de complejidades y contradicciones simplificando su dinámica conforme al siguiente esquema que a continuación proponemos:

1. Una vez se ha producido el accidente o causado la enfermedad profesional, la Inspección de Trabajo deber determinar si ha existido infracción del deber de seguridad y de la normativa sobre prevención de riesgos, estableciendo en caso positivo la sanción que corresponda y sentando los criterios de responsabilidad a repartir entre los distintos agentes intervinientes.

⁸⁰⁸ En este sentido se muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1998 (RJ 1998/7522), que trata la caída de un menor en un pozo con resultado de muerte por asfixia, en la que se aprecia la posible concurrencia de culpas de varias Administraciones, así como de terceros y de la propia víctima. La relación de hechos probados en la sentencia citada nos enseña que la conservación y vigilancia del colegio, así como de la valla que lo rodea, en el que estaba el pozo al que cayó el menor, correspondía al Ayuntamiento estando igualmente atribuida al mismo el mantenimiento del pozo, en cuanto construido para recoger o centralizar la red de albañales del colegio y formaba parte de la red de alcantarillado del municipio; *y de otra parte se relata también que con motivo de la construcción de un Centro preescolar en los terrenos contiguos, y para examinar la posibilidad de conectar su red de saneamiento al alcantarillado del Colegio, se levantó el 6 de Julio de 1983 la tapa del aludido pozo, volviéndose después, hecha la comprobación, a colocar la tapa de hormigón, sellándola o recibéndola con cemento.* Y finalmente que un grupo reducido de niños estaba jugando en las proximidades del pozo, *que tenía la tapa partida en dos mitades, estando una de ellas movidas de su lugar por lo que en parte quedaba el pozo al descubierto cayendo a él el niño, bien porque tropezase, o tratase de volcar la tapa, y murió por asfixia.* (FJ 1º).

⁸⁰⁹ Vid. CEA AYALA, A., *La responsabilidad patrimonial en el ámbito de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social*, Actualidad administrativa nº 1, 2013. Sobre esta misma materia, GORELLI MENÉNDEZ, J., *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Tecnos, 2006.

2. Esta actuación se elevará a la Administración de la Seguridad Social que resolverá sobre las circunstancias del evento y su alcance en lo referente a la autoría y sujetos responsables, determinando las consecuencias económicas con distinción entre la sanción y la indemnización resarcitoria que de una sola vez repare íntegramente el daño, con omisión de porcentaje expreso.

3. Contra la resolución, las partes pueden recurrir en exclusiva ante la jurisdicción social.

Elemental esquema para embridar una fiera demasiado tiempo suelta. Sin duda no es la pócima que venga a resolver la infinidad de matices que la compleja realidad del accidente encierra, pero conserva su componente represivo y sobre todo su objetivo reparador. Y lo que es más importante, su sencillez y eficacia.

5.2.1. El recargo hoy.

Frente a este diseño la realidad del recargo de prestaciones sigue siendo a fecha de hoy muy distinta, como refleja la más inmediata retrospectiva:

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014, recurso 917/2013, incluye en el monto de la indemnización un concepto, el denominado *discapacidad vital* que viene a compensar las reducciones o limitaciones del perjudicado para las funciones ajenas a su condición de trabajador, todo ello en aplicación igualmente del baremo de tráfico y al margen de la edad que en el caso estudiado alcanza los ochenta y dos años. Es importante subrayar el criterio monetarista que sigue predominando a la hora de establecer la indemnización derivada de la contingencia profesional, porque si los factores distintos han de vertebrarse es lo cierto que la homogeneidad en los mismos es determinante, descartándose que el recargo pueda descontarse por su naturaleza sancionadora⁸¹⁰. De esta doctrina cabe extraer que para la resolución del inveterado problema de la reparación integral del daño hay que recurrir a la fórmula infalible de justificar y razonar la cuantía que finalmente y en cada caso pueda fijarse; pero seguimos sumidos en la incertidumbre y el ajuste fino de quien deba establecer la reparación:

Por otra parte, es sabido que la doctrina constitucional señala que el principio de igualdad lo que prohíbe son los tratamientos diferentes que carezcan "de justificación objetiva y razonable o resulten desproporcionados en relación con dicha justificación", es decir, "las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir

⁸¹⁰ En cambio, sí cabe hacerlo de las prestaciones públicas; es decir que se procede a la descomposición de lo principal y lo accesorio para venir en este caso a contradecir la máxima según la cual ambas partes deben necesariamente estar conectadas conforme informa el criterio básico del Código Civil.

fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 271/2012, RTC 2012/271 y las que en ella se citan).

En suma, todo se reduce a entronizar el ya clásico *prudente arbitrio del juzgador* para que efectúe la ponderación de las circunstancias concurrentes. De igual modo, la que dicta el mismo Alto Tribunal en la misma fecha de 15 de enero de 2014 (recurso 909/2013, también plantea la aplicación del baremo en trabajador afectado por la enfermedad del amianto, la asbestosis, partiendo de la imputación de responsabilidad al empresario por vía de la infracción de su deber general de protección que fija el artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, regla ésta válida para toda situación que decide la naturaleza cuasi-objetiva de la misma⁸¹¹.

En la resolución de la misma Sala de lo Social de 24 de febrero de 2014, dictada en el recurso 732/2013, se plantea la responsabilidad que se ajusta solo a la empresa con reducción en casación de la indemnización por perjuicios. La doctrina que rige es la aplicación del principio *compensatio lucri cum damno* desde las sentencia del Alto Tribunal (Pleno) de 17 de julio de 2007 (recurso 4367/2005), cuyo espíritu y finalidad es encomiable pero que en la práctica al final termina siendo muy compleja de aquilatar, porque entran en juego factores muy espinosos de orden material y psicológicos; al final es una prueba de sensibilidad para el juez, que debe ponderar los elementos en juego para evitar enriquecimientos injustos, cierto, pero contando con el único olfato de su sentido personal a la hora de adoptar una decisión justa. Y de nuevo surge la indeterminación del concepto por lo que ese principio y otros que puedan aplicarse no pasan de ser una regla de orientación y no un mecanismo de precisión infalible⁸¹².

En ese mismo juego de ajuste económico que impone el objetivo de la reparación integral, tiene lugar la sentencia, también del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 2014, recaída en el recurso 1506/2013⁸¹³. Y de nuevo se impone una salida aséptica basada en la norma que impida el enriquecimiento injusto (1.4 del Código Civil) pero que obtenga la reparación íntegra de quien ha causado el daño (1101 y 1106 del mismo texto), al margen del responsable final. En esta operación nuclear interesa

⁸¹¹ En cuanto al uso opcional del baremo y la inclusión en él de los factores de corrección para descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social rigen los criterios de la sentencia antes comentada.

⁸¹² *Prudente arbitrio* que es expresión clave para la resolución individualizada de esta materia, donde el margen de porcentaje variable del 30 al 50 debe guardar relación y coherencia con la gravedad de la falta y en todo caso justificarse a tenor de la STS de 4 de marzo de 2014, recurso 788/2013.

⁸¹³ Tiene como objeto de estudio la indemnización percibida por los hijos del trabajador fallecido en accidente de trabajo conforme a convenio colectivo, en cuantía de 45.000 euros cada uno, y que se pretende descontar (¿compensar ?) de lo percibido conforme a baremo de tráfico en base a los conceptos de indemnización y perjuicio económico, resultando un saldo favorable de poco más de seis mil euros por hijo.

fijar el *quantum* indemnizatorio y constatar la dimensión del daño. Fijado el importe a indemnizar, es menester desglosar su composición para sostener que la compatibilidad de cuantías implica su complementariedad y no su solapamiento por igual causa, lo que implica que los conceptos a compensar sean de naturaleza homogénea. De ahí que se venga entendiendo que las prestaciones de Seguridad Social atienden la pérdida de ingresos y deben ser compensadas por vía del lucro cesante. Y la doctrina del Tribunal Supremo (que sigue la sentencia de 17 de julio de 2007 antes citada) introduce un aspecto de interés cifrado en que cabe su modulación en los casos en que intervenga culpa o negligencia del empresario⁸¹⁴. Es decir, flexibilidad y ponderación. Y claridad en los argumentos básicos porque, como la resolución comentada contiene, no procede descontar de la indemnización básica lo que solo es un factor de corrección por lucro cesante en consideración al perjuicio económico (por vía de mejora en convenio colectivo) al tratarse de conceptos no homogéneos.

En otro orden de cosas, la que dicta el Alto Tribunal el siguiente 9 de junio del año de referencia que venimos comentando, en el recurso 871/2012 se muestra rotunda con la objetividad de la responsabilidad en el amianto:

...lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continuada al amianto. En suma, no cabe duda de que los incumplimientos supusieron un notable y significativo incremento del riesgo para la salud del trabajador, de forma que es probable que de haberse seguido desde el principio las prescripciones de seguridad reglamentarias el resultado no hubiese llegado a producirse.

Se refuerza así la corriente doctrinal dominante en la materia⁸¹⁵; de igual modo que la que dicta por resolución de 24 de junio de 2014, en el recurso 1350/2013, representa un paso más en el vaivén de ida y vuelta con que nos obsequia a diario la realidad procesal⁸¹⁶. Llama la atención la negativa en vía administrativa del recargo siendo

⁸¹⁴ Y lo hace en estos términos: *...ese sistema baremado, cuando se utilice, puede corregirse al alza en los casos en que concurra culpa o negligencia empresarial y, aunque su determinación cuantitativa constituye una competencia fundamental del juez de instancia, cabe su revisión en cualquier alzada en los supuestos en los que sus conclusiones, por resolver de forma errónea, caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta, no superen el imprescindible test de razonabilidad.*

⁸¹⁵ *....que, en supuestos como el ahora enjuiciado, "la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continua al amianto, ante la certeza o máxima probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte".*

⁸¹⁶ Viene a desestimar el reconocimiento del recargo en consideración al cumplimiento de la normativa de seguridad por parte de una empresa de transportes toda vez el camión de su propiedad que el trabajador fallecido conducía cumplía con todas las medidas de seguridad que le correspondían.

que el Instituto Nacional de la Seguridad Social toma parte activa a sabiendas que su papel es de mero ordenador del proceso, sin asunción de responsabilidad final alguna. Sin duda es una de las grandes paradojas del recargo que al día de hoy sigue sin voluntad alguna de resolución. Lo coherente hubiese sido adoptar una postura neutral; por contra, se mantiene un papel procesal activo que revela su inexcusable interés en la materia, al menos desde un punto de vista procedimental. Pero en el presente caso el criterio judicial vuelve de forma rigurosa a la tesis de la culpabilidad confirmando el Alto Tribunal el criterio de suplicación conforme al cual no cabe acoger el recurso *por estimar no acreditada la responsabilidad subjetiva y culpable de la empresa*.

Ciertamente es un obstáculo más en el proceso de afianzamiento de la responsabilidad objetiva, lo que evidencia los delicados espacios en que se mueve el deber de seguridad empresarial, único que figura en el punto de mira del enjuiciamiento como si el factor preventivo de la Administración nada importase en un contexto de garantías donde ésta tiene un papel predominante y que de no darse en toda su extensión en última instancia siempre termina perjudicando al obrero que en este caso fallece por caída desde un vehículo industrial que probablemente hubiese impedido el fatal desenlace de haber contado con los medios de protección adecuados. Sin duda, el no reconocimiento del recargo, se quiera o no, supone un reproche a la conducta del trabajador fallecido, quizá como contrapeso al deber de seguridad ideal que en todo caso cabe exigir, quizá también de forma injusta, del empresario. Una consecuencia entonces se abre paso: el único que al margen queda es el garante, que al menos podría cargar con parte de la responsabilidad en lo tocante a su condición de diseñador del tráfico en un espacio público en que el accidente acontece, y regulador de cuantos aspectos nutren la prestación del servicio ejecutada en condiciones de mera objetividad. Y lo más doloroso de este planteamiento es comprobar cómo la decisión entre reconocer el recargo o no se ampara en el voluntarismo del juzgador ya sea unipersonal en la instancia o colegiado en el tribunal interviniente⁸¹⁷.

En sentido contrario a este último pronunciamiento, la sentencia que un día antes, el 23 de junio de 2014, dicta el Pleno de la Sala de lo Social del Alto Tribunal en el recurso 1257/2013 (RJ 2014/4761), estudia un supuesto en que sí aprecia infracción al deber de seguridad en los términos partiendo de la realidad que deriva del siguiente hecho probado:

⁸¹⁷ Cuando estábamos en el convencimiento de que los trabajadores no desean su propio mal ni son tan irresponsables de comprometer su vida de forma gratuita, viene el Tribunal Supremo para asegurar que en la sentencia referencial la ausencia de medidas de protección (como las barandillas o los anclajes) sí son causa de infracción pero que en el caso examinado no, pese a comprobarse que el trabajador muerto en plena tarea de descarga en altura ni tenía esos elementos de seguridad ni auxilio de compañero alguno que le ayudara o previniera del más que constatado riesgo de caída al tratarse de una operación con riesgo.

La Inspección de Trabajo aprecia la existencia de falta de medidas de seguridad por no adoptar las medidas técnicas u organizativas necesarias para evitar la manipulación manual de las cargas, sin la utilización de equipos para el manejo mecánico de las mismas, sea de forma automática o controlada por el trabajador. La garantía de una adecuada formación e instrucción en una correcta manipulación manual de cargas, la cual no queda acreditada y porque no se han tenido presentes los antecedentes médicos del trabajador, apreciando la infracción de los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto 487/1997 de 14 de abril que fija las condiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas, en relación con los artículos 14.2 y 17.2, 18 y 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 13/95 de 8 de noviembre.

En efecto, en ocasiones las soluciones más eficaces y mejor fundamentadas pasar por la voluntad de aplicar una premisa infalible regida por el principio de sentido común que pasar por reconocer que quien tiene un trabajo de acción repetida durante toda la jornada laboral y durante todo el tiempo de prestación de servicios queda expuesto al accidente de trabajo. Y porque se trata de una tarea de riesgo que se presume fácilmente terminará por traer consecuencias para la salud e integridad física del trabajador. Pero no es ésta la materia que la sentencia estudia, sino la referida a la cantidad que por indemnización de daños procede cuando se aplica el baremo de tráfico y, para evitar el enriquecimiento injusto, se debe descontar lo percibido por prestaciones. En el avance de la doctrina que se unifica se parte de esta consideración, marcada por la autocrítica y el reconocimiento que se hace de la complejidad de la materia y los cambios de criterio en la misma que solo han aportado confusión con *argumentaciones cuya prolijidad no hizo sino -parece- restar claridad al mensaje*⁸¹⁸, concluyendo que en materia de indemnizaciones el accidente de tráfico sí es determinante de responsabilidad objetiva pero el de trabajo no goza de esa naturaleza al requerir una exigencia de cierta culpa.

Una vez más la asbestosis producida por el amianto y tratada como enfermedad profesional⁸¹⁹, constituye el objeto de estudio de la sentencia que dicta el Tribunal

⁸¹⁸ *La novedad de aquella doctrina, intentando ofrecer unas pautas de aplicación analógica que superasen la inseguridad jurídica que suponía la tradicional discrecionalidad aplicada en la cuestión; la profusión argumental utilizada para justificar cada una de nuestras soluciones en los complejos temas a tratar; la dificultad de extrapolar soluciones desde un campo de pura responsabilidad objetiva como el accidente de circulación a otro con exigencia de una cierta culpa como es la responsabilidad civil complementaria en accidentes de trabajo; la redacción simultánea de dos sentencias con textos no siempre coincidentes; y las sucesivas correcciones que con el tiempo nos vimos obligados a hacer, todas estas razones hacen del todo comprensible que la finalidad perseguida -unificación de criterios- no se hubiese alcanzado debidamente (.../...).*

⁸¹⁹ En cuanto al fallecimiento del trabajador por enfermedad profesional a consecuencia de la exposición al amianto ha establecido con rotundidad Nuestro Más Alto Tribunal en sentencia de 17 marzo 2015 (RJ 2015\1814) que no procede la minoración del porcentaje del 50% al no constar actuación preventiva alguna en la materia de seguridad e higiene durante quince años, pese a la existencia de normas nacionales e internacionales sobre dicho riesgo.

Supremo en fecha de 20 de octubre de 2014, recurso 1498/2013; reclamada indemnización de daños por el trabajador afectado, se determina su imposición en vía previa y contra la resolución administrativa que la reconoce se interpone demanda que es desestimada en todas las instancias. La configuración de nuestros tribunales pasa por cargar toda la responsabilidad en la empresa que alega desconocimiento de los riesgos del amianto cuando se contrajo por el trabajador la enfermedad proclamando de su parte conducta diligente en materia de seguridad ante la inexistencia de normativa al respecto deduciendo por ello la imposibilidad de toda infracción. Pese a estos argumentos de exculpación el Tribunal se muestra inflexible y entiende que se faltó al deber de seguridad:

...en suma que no se habían adoptado por la empresa, deudora de seguridad, todas o las esenciales medidas exigibles y necesarias en la correspondiente época para prevenir o evitar el riesgo; así como, por otra parte, que resulta indubitado que el fallecimiento del trabajador lo fue por enfermedad profesional por exposición al amianto⁸²⁰.

Esta invocación al principio de causalidad es determinante de responsabilidad, pese a la laxitud argumental en que se fundamenta. Ni que decir tiene que el Tribunal Supremo no entiende oportuno entrar a conocer del fondo del asunto al inadmitir el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada por la empresa recurrente.

Los aspectos fundamentales del recargo siguen apareciendo puntualmente en las últimas resoluciones del Alto Tribunal. Así, la emitida en fecha 28 de octubre de 2014, en el recurso 2784/2013, aborda en primer término el alcance que debe darse al concepto de *empresario infractor*, toda vez la noción clásica se ajusta a un criterio cerrado que solo contempla al aparente y no al real; y la segunda cuestión afecta a la responsabilidad exigible conforme a los principios que la configuran en régimen de concurso que tanto pueden obrar como factor de sustitución o ampliación en la determinación de la misma. Y en el centro del debate se instala la interminable polémica de la naturaleza que el Tribunal Supremo deja sin solución definitiva al admitir al mismo tiempo la innegable *faceta prestacional* de que participa por vía del 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social y las dudas que su aseguramiento plantea *ex* artículos 15.5 y 43.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, para seguidamente -por inercia y a la postre- imponer su lado sancionador impidiendo la traslación de responsabilidad de la enfermedad profesional a las empresas sucesoras en base a la exclusividad que contiene el apartado 2 del nuclear artículo 123 del texto refundido de Seguridad Social cuando de este modo se refiere al *empresario infractor*:

... si bien -conforme a lo indicado- el recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en los supuestos -como el de

⁸²⁰ Así puede leerse en su fundamento de derecho tercero.

autos- de sucesión de empresa, tal como proclama el art. 127.2 LGSS , de todas formas su función preventivo/punitiva, la determinante idea de «empresario infractor» que utiliza el art. 123.2 LGSS (.../...), la consiguiente afirmación jurisprudencial de que «solo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo» (.../...), la exclusión de responsabilidad por el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la no asegurabilidad de aquélla - siquiera este mandato del art. 123.2 LGSS sea actualmente cuestionado por mor de las previsiones contenidas en los arts. 15.5 y 43.2 LPRL -(.../...), llevan a concluir que la responsabilidad que comporta el recargo -cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la sucesión de empresa, tal como sostiene la sentencia recurrida y como precedentemente ha declarado esta Sala en la decisión de contraste.

La fórmula no puede ser más esquiva y cómoda, dejando abierta la herida no solo de la naturaleza en particular sino del recargo en su conjunto y sus derivaciones. Sin duda se ha dejado escapar una oportunidad inmejorable para a estas alturas del presente siglo haber llegado a una propuesta de renovación íntegra del instituto cuestionado. El argumento de la *regulación diferenciada* que emplea la sentencia, por tratar la cuestión en los artículos 123 y 127 del anterior cuerpo normativo, nos parece del todo punto un desvarío en cuya defensa no se pone ningún entusiasmo, a la vista del escaso fundamento que la resolución contiene y la inusitada brevedad de su texto⁸²¹. Pero sin duda el aspecto novedoso sobre la cuestión se aporta al tratar esta enfermedad profesional como objeto de transmisión conforme a continuación particularmente exponemos. En especial, la transmisibilidad del recargo ha sido tratada por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015/1250) que supone un giro copernicano en la consideración de su naturaleza. Ahora, corrigiendo la anterior doctrina que acabamos de comentar y con redacción del mismo ponente, se permite la transmisibilidad del recargo apoyada en la interpretación extensiva del artículo 127 del texto refundido de Seguridad Social y conforme a los principios de la Directiva 2011/35/UE de 5 de abril y sentencia del TJUE de 5 de marzo 2015⁸²². En igual sentido se han pronunciado las consecutivas sentencias del Alto Tribunal de fechas 5 de mayo (RJ 2015/2408) y 14 de abril de 2015 (RJ 2015/2806), línea que sigue el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la suya de 22 de mayo siguiente (JUR 2015/163552) y viene a consolidarse en la jurisprudencia que durante 2016 se encuentra de forma uniforme en las sentencias del

⁸²¹ A fecha de noviembre de 2014 el recargo para Nuestro Más Alto Tribunal no es prestación de la Seguridad Social: por tal motivo no aplica la responsabilidad solidaria a que obliga el nuclear artículo 127 del texto básico en los supuestos de sucesión empresarial que contempla....hasta el cambio de doctrina de 2015 que a continuación referimos.

⁸²² La asunción de responsabilidad por la empresa sucesora en el recargo reconocido antes de la sucesión constituye toda una rectificación de la doctrina vigente hasta entonces y así la fusión por absorción determina la responsabilidad de *Uralita, S.A.* por incumplimientos previos a la sucesión atribuidos a la absorbida *Rocalla, S.A.*

Tribunal Supremo de 25 de febrero, 18 de mayo y 8 de junio recaídas en los recursos de unificación de doctrina números 846 y 1042, de 2014, y 1103/2015, respectivamente.

La sentencia de 20 de noviembre del pasado año de 2015, en el recurso 2059/2013, analiza la concurrencia de culpas y el eventual descuento de prestaciones en la indemnización por daños. En el primer caso se refuerza el criterio de compensación cuando la actitud del trabajador adolece de la diligencia debida porque es claro que el correlativo deber de vigilancia del empresario no puede entenderse en términos absolutos; y en el segundo se plantea si el importe de las prestaciones, en este caso de viudedad y orfandad, deben descontarse de la indemnización por daños fijada conforme al baremo del automóvil al tratarse de conceptos homogéneos. El tema de fondo se muestra difuso porque se construye sobre el ideal de justicia que implica una valoración primero sobre la reparación integral del daño y después sobre la evitación del enriquecimiento injusto ya sea del trabajador, de la empresa o de la aseguradora. En suma, nos parece aparente el debate específico sobre la compatibilidad o complementariedad de indemnizaciones, aunque la doctrina que se unifica admite dentro de ese difícil equilibrio la perfecta compatibilidad complementaria de prestaciones e indemnización, impidiendo todo descuento por tratarse de conceptos distintos. Es una aportación interesante que parte de un razonamiento lógico y que se puede evitar si, en efecto, hubiese desde el origen un mecanismo panorámico que contemplase la generación de los distintos conceptos indemnizables y su cuantificación separada y ordenada. Así no podríamos confundir el daño real con el lucro cesante, impidiendo que planos distintos interfieran entre lo efectivo y lo posible, lo temporal y lo permanente, lo material y lo moral⁸²³.

Finalmente, cabe reseñar un aspecto capital relacionado con la determinación de la responsabilidad en el pago del recargo: para el Tribunal Supremo éste corresponde, en todo caso, a la empresa y no a la entidad gestora; así lo viene a confirmar en sentencia de 4 marzo pasado (RJ 2015/1434), gesto inequívoco de la dimensión punitiva que contra viento y marea se fuerza de manera interesada para desentenderse de su abono, contraviniendo su cada vez más presente naturaleza prestacional y contribuyendo de este modo a la nebulosa en que sigue sumida nuestra maltratada figura. Y lo que es más lesivo, en contra de las víctimas del accidente o de la enfermedad profesional y sus causahabientes.

⁸²³ Es justamente esta la postura de la sentencia que distingue el distinto origen y finalidad de las cantidades en concurso resolviendo que la indemnización básica por muerte del causante no puede ser descontada por las prestaciones de Seguridad Social de mujer e hija al responder a criterios no homologables conforme a los criterios contenidos en el Anexo del texto refundido de responsabilidad civil aplicado.

5.2.2. A modo de cierre (provisional).

Con la mirada puesta a fecha de hoy en el recargo, contemplamos los siguientes aspectos destacados:

- Se mantiene el componente sancionador.
- Se permite el descuento de prestaciones de Seguridad Social con el argumento de que el daño a reparar es único: cabe la acumulación de acciones y de indemnizaciones; pero no absoluta por *suplementariedad*, sino relativa por complementariedad, criterio que impone la aplicación del principio *compensatio lucri cum damno* sobre conceptos homogéneos.
- En la determinación del daño no cabe arbitrariedad ni voluntarismo, lo que obliga a desglosar sus distintos aspectos, esto es, daño material (lesiones), daño moral (sufrimiento), daño emergente (pérdida patrimonial real) y lucro cesante (expectativas de ganancia).

Y como propuestas para la reelaboración del instituto jurídico estudiado nos permitimos avanzar las que a continuación quedan expresadas y que serán objeto de reforzamiento y reflexión finales en las conclusiones con que cerramos este trabajo:

- El principio de socialización del riesgo y la superación de la responsabilidad subjetiva (STC 181/2000) debe llevar a la fijación de parámetros objetivos, como los empleados en el sector del automóvil, que prescinden de la culpa del agente en la producción del daño.
- Mientras sigamos enmarcando la siniestralidad laboral en el estricto campo del contrato de trabajo, sin atender a los factores públicos que predominan en la prevención de los riesgos laborales, ningún avance cabe esperar en la materia.
- El marco normativo implica a los poderes públicos de manera incuestionable obligándoles a velar por la seguridad e higiene en el trabajo (40.2 CE), deber sin duda conectado al derecho fundamental a la vida y a la integridad del trabajador en tanto que ciudadano y persona física (15 CE).
- En este contexto es importante que la tutela judicial se extienda no solo a las situaciones posteriores al daño, sino también a las que impliquen un *riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse*, conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 221/2002, 62/2007 y 160/2007).

- No sirve proclamar los principios de actuación pública que rigen en la materia: es preciso profundizar en los mismos. De un lado, la coordinación de las distintas Administraciones Públicas en orden a su eficacia se ha mostrado como un simple decorado sin resultados estimables en la disminución de siniestros. Y la participación institucional de empresarios y trabajadores en los organismos públicos preventivos no hace sino extender la corresponsabilidad de cuantos agentes intervienen, constatando el amplio compromiso social existente en la búsqueda de soluciones estables.
- El sistema de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales se extiende a los empresarios, a los diversos agentes intervinientes y también a los servicios de prevención ajenos a la empresa, incluso a los trabajadores y auditores; pero en el sector público, se mantienen una serie de peculiaridades respecto del régimen preventivo general, que centra el papel de la Administración en su labor normativa y, paradójicamente, la excluye de responsabilidad en su labor de garante. Y ello al margen de la civil subsidiaria derivada de otras, conforme a los artículos 121 del Código Penal y 146 de la ley reguladora del procedimiento administrativo común, siendo que la directa –ya hemos comentado– podría imponerse a tenor de los criterios del artículo 106.2 de la Constitución Española (y 139 y 145 ley 30/1992 LPAC), en el contexto de la llamada responsabilidad patrimonial que de forma extensa hemos tratado en este capítulo. Pero no se plantea como responsabilidad directa sino derivada del derecho de repetición general que se establece en el apartado 4 del artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales cuando se articula el deber de seguridad en términos amplios que vincula a todo empresario, *sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona*.
- En la llamada *gestión integral* de la prevención no podemos dejar fuera a su principal agente, esto es, a la Administración Pública; y no en su papel de empresario, incluso con sus particularidades, sino como garante de una situación objetiva de riesgo consustancial a toda actividad laboral por vía de *inobservancia in vigilando*.

En definitiva, el amplio marco de responsabilidad empresarial en la prevención de riesgos laborales incluye de forma directa el recargo de prestaciones de Seguridad Social que viene aplicándose en términos restrictivos debido al nexo causal incontestable que debe darse entre infracción y resultado dañoso. No obstante lo cual y a modo de compensación el grado de responsabilidad se extiende al empresario de forma amplia, toda vez los ilimitados perfiles del deber de seguridad en orden a estimar con generosidad la presencia de culpa tanto *in eligendo* como *in vigilando*. En esta dicotomía se esconde la confusión que advertimos en su tratamiento, porque se ha forzado por la jurisprudencia social una rutina sancionadora con el propósito de no descontarlo de la reparación integral, pero en realidad se le ha privado de su

abierta naturaleza resarcitoria (¡no deja de ser un incremento de la prestación de Seguridad Social!) que hubiese facilitado reordenar de forma unitaria el *laberinto* de vías encontradas y responsables esquivos que concurren en su apariencia final⁸²⁴.

A nuestro juicio el caos puede evitarse comprometiendo a la Administración Pública no solo en la tutela del proceso de su reconocimiento sino también en la asunción de su propia responsabilidad -que indudablemente le incumbe como garante del deber social de seguridad en el trabajo- en los términos de sencillez y eficacia que tenemos expuesto como síntesis de nuestra propuesta de reforma y re-elaboración de este mecanismo, singular y colectivo a la par, de reparación mejorada del daño.

FIN

⁸²⁴ El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social que aprueba el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, vigente desde el 2 de enero de 2016, trata el recargo de prestaciones en su artículo 164 y, a salvo de un par de cambios cosméticos, conserva íntegra la redacción del sustituido 123 que en este trabajo hemos analizado. Sin duda, una gran oportunidad de reconstrucción se ha perdido. Hemos perdido.

CONCLUSIONES

Primera.

El recargo es parte de la prestación y no un elemento ajeno que se añade a la misma.

Segunda.

El debate sobre su naturaleza constituye expresión de su elástica complejidad.

Tercera.

El recargo tiene origen en una infracción pero no es sanción.

Cuarta.

Un mito insostenible que debe caer, el de la responsabilidad exclusiva del empresario.

Quinta.

Solidaridad, factor clave por extensión.

Sexta.

La reparación integral del daño, ideal de justicia.

Séptima.

La Administración ni asume ni garantiza el abono del recargo.

Octava.

La tutela judicial se muestra insuficiente, tardía y equivoca.

Novena.

La responsabilidad por hecho ajeno constituye premisa ineludible de su ordenación y mejora.

Décima.

Dependencia, factor clave por subordinación.

Undécima.

El compromiso público como síntesis

Duodécima.

Su integración en la responsabilidad patrimonial del Estado simplifica su mecanismo y dinámica.

ESQUEMA FINAL Y CONCLUSIONES.

El objeto de nuestro estudio parte de una premisa inexcusable: la sociedad de riesgo en que nos movemos comporta invariablemente la necesidad de prevenir, asegurar y afrontar las consecuencias del mismo. Y en el ámbito de las relaciones laborales es manifiesto que la tutela de la seguridad en el trabajo, como valor constitucional que debe ser objeto de la máxima protección, no solo debe corresponder a los agentes que en ese concreto escenario se mueven e interactúan. Sin duda la responsabilidad civil del empresario juega un papel preventivo incuestionable pero no cabe ceñir a éste la exclusividad de tan sensible y fundamental tarea.

Es obligado reconocer que existe una inagotable variedad de situaciones y que la conducta pasiva del empleador sobre el cumplimiento de las numerosas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias presenta una gama infinita de matices, lo que viene a romper el modelo tradicional de la tipicidad en el ámbito de las contingencias profesionales ya sea sobrevenidas por accidente de trabajo o por enfermedad. Justamente es la rica e intrincada casuística el factor que debe considerarse en la tarea tanto de identificar el nexo causal entre la infracción y el daño como de fijar el consecuente marco de responsabilidad; y comoquiera que muestra un reconocible propósito resarcitorio, nacido de la comisión de un acto ilícito, debemos por fuerza aunar primero un principio restrictivo pero asociarlo al objetivo de la reparación íntegra después.

Y es en este contexto donde sobrevive nuestra figura: el *recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional* por incumplimiento de las medidas de seguridad con cargo al empresario tiene un tratamiento autónomo y segregado en la ley; se presenta como un añadido que con el devenir de los tiempos se ha venido haciendo incómodo debido en buena parte a las consecuencias que supone estar instalado en una tensión a veces insoportable marcada por la estrechez de su origen sancionador y la expansión reparadora de su vertiente indemnizatoria. Porque pese a todo cabe sostener que constituye institución jurídica repleta de potencialidad y futuro como expresión de última y definitiva reparación del infortunio laboral, aunque para ello deba someterse a una modificación sustancial que al margen de su aspecto externo la haga reconocible en términos de sencillez y eficacia. Y en este propósito de actualización se sitúa el controvertido concepto moderno de culpa del que mantenemos que no puede consistir solamente en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, sino que abarca también aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica, comprendiendo incluso aquellas otras en que, partiendo de una actuación diligente y lícita tanto en su inicio como en su desarrollo, se produce un resultado socialmente dañoso que comporta la desaprobación o el reproche de la acción.

Por todo lo anterior se hace necesario incorporar un elemento nuclear en el panorama de la figura que parte de la dimensión social que el recargo adopta cuando contemplamos que el refuerzo punitivo al que se le somete en buena medida trae causa de la ineficiencia pública en materia de prevención.

La evidencia de tener a la vista una figura caótica, dislocada y fuera de todo punto, nos anima a percibirla incluso como más necesaria todavía, máxime cuando ante este reto encontramos una sociedad de riesgo que no cursa fácil y en la que anida una variada tipología de supuestos con distintos elementos normativos que se entrecruzan. Este complejo panorama obliga a un esfuerzo de integración, aportando una riqueza viva y sugerente de situaciones que a menudo genera confusión e inseguridad jurídicas con el doble y controvertido efecto de intuir una salida sin conocer su ubicación ni a dónde conduce.

PRIMERA: EL RECARGO ES PARTE DE LA PRESTACIÓN Y NO UN ELEMENTO AJENO QUE SE AÑADE A LA MISMA.

Está fuera de toda duda que, con origen en una infracción laboral, el recargo de prestaciones se alza y se configura -como literalmente lo designa su vocablo- es un aumento que se proyecta sobre una prestación pública de Seguridad Social. Y si en este proceso es capítulo sustancial localizar y designar la infracción conforme a principios de técnica jurídica, más importante es aún acometer la tarea de búsqueda y posterior imputación del agente productor del daño. Porque es el aspecto resarcitorio el que finalmente vendrá a caracterizarlo como auxilio, asistencia y recurso económico que la Administración pone al servicio del trabajador accidentado o enfermo a resultas de la actividad laboral. Pero en esa tarea existe un obstáculo de partida: el oscuro y complejo texto normativo en que nuestro instituto se asienta permanece incólume desde hace más de cuarenta años, desde el artículo 93 del texto refundido de 1974, siendo que su configuración actual con rostro sancionador hunde sus raíces en la legislación sobre accidentes de trabajo del año 1956. Sin duda han confluído en el resultado de hacerlo un ente indescriptible, con la dureza y singularidad de lo híbrido, tanto la inercia histórica como la ceguera del legislador que no ha sabido -ni posiblemente querido- acometer la reforma de la institución aprovechando los nuevos tiempos en que la prevención del riesgo laboral se muestra como pieza clave de la arquitectura social.

Extendido el recargo no solo a las indemnizaciones como cantidad a tanto alzado sino a todas las prestaciones derivadas de contingencia profesional implica conectar dos mundos en cuya síntesis se encuentra, de un lado, el carácter complejo de la normativa de accidentes de trabajo, y de otro, el sistema unificado de protección que la Seguridad Social representa. En esa fusión, la incorporación del factor variable que supone la determinación del porcentaje según la gravedad (y su aplicación

generalizada a toda infracción y a todas las prestaciones) marca sin duda un punto de inflexión en su nuevo aspecto. No estamos ante la sencillez de una fórmula que se agota en sí misma consistente en añadir una multa a una cantidad fija sino ante una figura versátil que considera la intervención de uno o varios infractores y que cambia de forma y cuantía según criterios de gravedad de la falta. El salto cualitativo que con el paso del tiempo se produce es gigantesco consumando su complejidad camaleónica y las dificultades para convenir su alcance conceptual que llegan a hacerse insalvables. También su naturaleza se hace refractaria a todo buen propósito de embridarla: en su código genético anida un manifiesto componente sancionador, no ha perdido su vocación indemnizatoria y afianza como rasgo emergente su fuerza preventiva y disuasoria en el universo de las contingencias profesionales.

El factor preventivo de su naturaleza nos sitúa en la dirección adecuada para canalizar las muchas aristas de la figura. La ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, marca la senda porque ya no pone el acento en la represión de la conducta individual del empresario, que todavía conserva de forma marcada, sino que extiende las consecuencias del siniestro a otros agentes y contiene un aspecto que se adivina fundamental desde su primer artículo porque nos coloca ante un panorama abierto e ilimitado en su ámbito objetivo: la prevención sobre riesgos laborales no solo se sitúa en la conciencia de la norma positiva, legal o convencional, sino que se extiende (¡y aquí está la cuestión de perspectiva!) a cuantas otras sean susceptibles de producir ese efecto en el ámbito laboral. Sin duda constituye un buen propósito para armonizar dos funciones difícilmente compatibles como son la represiva y la resarcitoria que no siempre se cumple porque el punto de equilibrio se diluye en un contexto inestable, lo que conduce al indeseado efecto de producir más confusión e inseguridad jurídicas.

Es claro que la polémica sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones seguirá abierta y sin solución alguna si no somos capaces de superar las actuales coordenadas. Depurado el concepto, el recargo se mostraría como instrumento capaz de prevenir, sancionar e indemnizar, aprovechando sus cualidades para renovarse y adaptarse a los tiempos nuevos porque de igual modo que la parte forma parte del todo así el recargo se muestra inseparable de la prestación a la que se debe y mejora. Cabría plantearse su supresión nominal, pues como concepto puede mutar de formato y apariencia, pero su virtualidad se mantendría frente a toda adversidad porque pertenece al núcleo duro del ideal de justicia al que todo Derecho (y con mayor causa el Social) aspira. Es precisamente esta finalidad la que mantiene vivo el concepto, al margen de épocas históricas, disquisiciones sobre su naturaleza e intereses encontrados.

SEGUNDA: EL DEBATE SOBRE SU NATURALEZA CONSTITUYE EXPRESIÓN DE SU ELÁSTICA COMPLEJIDAD.

La figura del recargo debe afrontarse ineludiblemente desde una óptica de conjunto considerando primero que el objetivo de la prevención se logra mediante el aseguramiento obligatorio de las contingencias profesionales; y después, que la reparación del daño viene a través del incremento de la prestación de Seguridad Social, todo ello sobre la base de la previa sanción administrativa que se imponga y a modo de *daño punitivo* que además de buscar ejemplaridad en la conducta del empresario se oriente al propósito de efectivo resarcimiento.

Por ello en la tarea de desvelar su verdadera naturaleza se hace necesario partir de los complejos elementos que componen su estructura, considerando su origen infractor pero con una marcada vocación reparadora. En el tratamiento de lo primero hay, sí, una liturgia sancionadora de corte administrativa donde la sanción al empresario busca reprender la conducta del pasado para infundir temor en su repetición; este componente represor posee al tiempo un factor preventivo que se salda con la multa primero y con el establecimiento de un complejo arsenal de normas después, que ordenan y encauzan la conducta del administrado. Vemos aquí la mixtura y encadenamiento de dos factores que aunque distintos se complementan en un propósito común; de igual modo, en el debate de la naturaleza del recargo cabe no tanto hablar de naturaleza híbrida (como si hubiese yuxtaposición de elementos extraños o incompatibles entre sí) sino proclamar una sola entidad, todo lo particular que se quiera, pero que se muestra como cuerpo único y abordable desde una sola configuración.

Pueden existir, en efecto, muchas perspectivas desde las que observar la figura en estudio pero una cosa es segura: sobre su finalidad no cabe fragmentación alguna, aunque es lo cierto que los problemas se plantean sobre el mayor o menor grado de cumplimiento en cuanto a los objetivos que tiene encomendados; por ello sí cabe hablar de disfunción. Porque está fuera de toda duda que, al tener como propósito nuclear y primario la protección de valores fundamentales como la vida y la integridad física de los trabajadores, comporta la indemnización de la víctima o en favor de otros destinatarios legales, además de percibirse como una institución sancionatoria de carácter público. Es justo la dimensión colectiva que su origen muestra la que otorga sentido a su encaje en la normativa sobre ordenación de la seguridad en el trabajo, cuya violación se constituye en la premisa no solo de la sanción que comporta sino en el incremento de la prestación de Seguridad Social que se determine, posibilitando el encuentro entre la política de reparación y la política de prevención de los riesgos profesionales. De esta forma, la llamada *sobreprotección* no es más que una anomalía con origen posiblemente en la defectuosa regulación normativa que permite sin más la compatibilidad de indemnizaciones como mera declaración de principios pero que en absoluto puede autorizar el abuso en su aplicación, máxime cuando bajo esa vía ancha para obtener la máxima reparación se

esconde, como tenemos expresado, una interminable carrera de obstáculos que lejos de satisfacer a la víctima la sume en un mar de complejidades y zozobras con vistas a un horizonte de adversidades, litisconsorcios y dilaciones procedimentales. Las situaciones de exceso o resultados disfunciones en la reparación del daño no pueden ser por ello atribuibles a la naturaleza especial del recargo donde se combinan factores distintos sino al trato que se le dispense. Por ello sostenemos que en buena medida cuanta problemática se da con esta vieja institución no trae causa de su existencia misma sino de la dinámica relacionada con aspectos tan variados como la inercia histórica, la concurrencia de agentes y, sobre todo, la ausencia de un plan director que la mantenga útil y limpia de contaminaciones. Todo este complejo marco de matices en concurrencia con las responsabilidades derivadas determinan soluciones inevitablemente insatisfactorias. Por eso propugnamos ordenar este abstracto panorama y fijar nítidamente la frontera entre la compensación y la multa; de tal manera que, valoradas conjuntamente cuantas circunstancias han originado la infracción y considerando los resultados el accidente y el daño efectivo, se llegue a fijar una sola indemnización que evite la dispersión y los solapamientos. Y en el estricto campo de la represión, contrapesar a su vez el juego de los resarcimientos punitivos diferenciando lo que cada uno deba percibir o abonar y en qué concepto.

No podemos olvidar que es obligación constitucional de los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo y que, en su consideración de principio, despliega toda una red de disposiciones que refuerzan o trasladan ese deber tanto al empresario como al resto de agentes sociales, insertándose en el mapa genético del contrato de trabajo. La consecuencia no se hace entonces esperar: ya no estamos en el marco estrecho de una relación civil; ahora ya existe alcance público y no solo en la ordenación del marco regulatorio sino en el juego de responsabilidades que inevitablemente han de darse por la infracción de la normativa ya sea por acción u omisión, por vía directa o indirecta o por obligaciones expresas contenidas ya en el pacto individual o colectivo ya impuestas por vía de dependencia o hecho ajeno.

Es cierto que en una sociedad con altos índices de siniestralidad constituye misión principal del recargo la de evitar los accidentes de trabajo e impulsar coercitivamente que las empresas cumplan con su deuda de seguridad, incrementando significativamente sus responsabilidades. Esta vertiente sin duda tiene sus perfiles propios que marca la diferencia procesal entre los órdenes social y contencioso pero que entendemos acarrea nocivas consecuencias porque si bien es verdad que aclara la lógica temporal en el enjuiciamiento (primero la infracción, después la prestación), afirma la separación de órdenes, el mantenimiento de perspectivas jurídicas diferentes y sobre todo alarga indecorosamente la resolución final de las controversias judiciales que puedan suscitarse. Por ello entendemos existen sobrados argumentos para proclamar la competencia exclusiva del orden social en la materia por cuanto el reparto en la materia implica en la práctica quebrantar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978 con riesgo de que la independencia de cada órgano comporte una declaración

de hechos distinta y por tanto una eventual contradicción entre los mismos. La respuesta que a este punto tan sensible se ha dado por el legislador resulta muy perniciosa: en lugar de fijar un criterio seguro y firme sobre la base de afianzar una salida unitaria -no solo sobre los hechos en todas las jurisdicciones concurrentes, sino para ordenar racionalmente el controvertido instituto jurídico del recargo-, se opta por dar prevalencia al orden contencioso sobre el social en la declaración fáctica al tiempo que se remarcan los aspectos punitivos del recargo. Ni que decir tiene que también deja a salvo, agudizado si cabe, el problema que comportan las contradicciones que eventualmente puedan darse (y que en efecto se dan) con el resto de órdenes concurrentes.

Estamos convenidos de que no existen prohibiciones absolutas ni dificultades insalvables porque armonizar responsabilidades y sincronizar sanción, prevención y reparación es solo cuestión de querer llevarlo a cabo con decidida voluntad. Y para lograr este objetivo reiteramos que contamos con dos formulas infalibles: la primera implica dar exclusiva competencia al orden jurisdiccional social mediante el concentrado y económico mecanismo de la prejudicialidad; y la segunda, procediendo a una demolición controlada del andamiaje actual para sustituirlo por otro más sencillo que elimine sus imperfecciones e ineficacia.

A resultas de su compleja (¡y confusa!) naturaleza se advierte en el recargo un peculiar rasgo que actúa en la práctica como un sustitutivo de las responsabilidades civiles que de forma general no se ejercen por los trabajadores por la demora del procedimiento, los riesgos en sus resultados y la maraña de intereses. Por eso tenemos expresado que no es la panacea en el ideal del resarcimiento pero sin duda aporta una buena dosis de prevención y disuasión en el accidente de trabajo. Sin duda hay defectos que es menester corregir en el objetivo de una reparación integral del daño en beneficio del trabajador accidentado; y porque además plantea la posibilidad de ordenar los excesos de responsabilidad que en la práctica solamente se dan en contra del empresario infractor. De este modo se hace precisa una sinergia de recursos y, quizá también, de eficacia en el propósito y razón de ser del recargo: centrar su enjuiciamiento en el orden social y reconducir los daños del accidente al marco propio y lógico de la prestación laboral, pero también proyectado al ámbito del conjunto de la sociedad aprovechando la experiencia de una institución centenaria que, una vez rehecha, con seguridad evitaría estériles debates sobre su naturaleza.

TERCERA: EL RECARGO ENCUENTRA CAUSA EN UNA INFRACCIÓN PERO NO CONSTITUYE SANCIÓN.

El recargo está vinculado necesariamente a una infracción del empresario en forma de incumplimiento de su deber de protección que prácticamente se muestra ilimitado; es decir no se requiere una imputación genérica sino que el origen del accidente o la enfermedad tenga como causa necesaria una falta de diligencia, la vulneración de una regla o la omisión de un compromiso explícito. Sin duda, no podemos invocar solo la amplitud de dicho deber sino que además se requiere la existencia objetiva de la infracción, hecho que conduce a las nociones de culpa y responsabilidad. Como fácilmente se adivina la gama de matices es infinita pues entre el deber absoluto de seguridad y la estricta noción de culpa civil debemos situar el fiel de la balanza en el juego de la responsabilidad, lo que irremediamente nos conduce desde el marco del principio de causalidad a otro determinado por los ámbitos, primero en que se produce y después (lo que es más importante) hacia el que se proyecta.

La causa del recargo es la infracción del empresario en su deber de seguridad. La exigencia legal requiere algún grado de reproche en la escala de gravedad porque es condición necesaria para su nacimiento y factor clave en la determinación de sus consecuencias, atribución de responsabilidad y cuantía, aunque la remisión a la normativa especial siempre adolecerá de la debida precisión al movernos en un terreno de amplios márgenes. Por ello es imprescindible la búsqueda del caso concreto que necesariamente debemos ajustar a los grandes grupos que se contiene en el primer apartado del precepto rector de la figura: de un lado, el entorno físico que conforman los instrumentos y el lugar de trabajo y de otro, el entorno espiritual que la inobservancia normativa constituye.

El nivel de exigencia entronca con el deseo de concretar una responsabilidad que cada vez se hace más difícil vincular a la persona del empresario, ya sea física o jurídica. Por eso la noción de culpa se diluye para pasar desde la acción o intervención directa del agente a los criterios objetivos de la carencia o el desperfecto de dispositivos de precaución, en los que (o a cuyo través) quepa deducir alguna clase de responsabilidad. Los aspectos a regular son tantos que las disposiciones reglamentarias que desarrollan la Ley de Prevención de Riesgos Laborales necesariamente se ven abocadas a dictar normas mínimas o guías técnicas que hagan posible su articulación. Pero la seguridad y la salud laborales constituyen un campo sin límites porque su horizonte se ve de continuo ampliado por las nuevas tecnologías y los avances en la investigación y desarrollo de multitud de aplicaciones. Esta es una máxima irrefutable que se constituye en hojarasca que no permite ver la realidad que se esconde tras ella; pueden ser multitud las reglas y siempre estarán orientadas en el sentido de mejora de condiciones laborales pero con un único responsable final, el empresario infractor. Tal resultado tiene lugar en el marco de la seguridad laboral y a lo largo de todo el proceso productivo comportando

una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva que exige del empresario una constante atención (muchas veces rayana en el absurdo) sobre la identificación y el control de toda suerte de riesgos -pasados, presentes y futuros- que bien podrían revelar una exultante abundancia de deberes tras cuya apariencia pudieran esconderse vergonzosas carencias de los poderes públicos en acometer dicha tarea. En este contexto, la variante que supone el incumplimiento que el trabajador puede llegar a realizar -bien por obediencia a las órdenes del empresario bien por negligencia propia- se muestra ciertamente de poca relevancia por quedar sometida a un sinfín de variantes en las procelosas aguas tanto de las causas del recargo como de los ámbitos de su nacimiento.

De otra parte, el extensísimo como intenso cuadro de obligaciones que la ley establece para el empresario bajo la denominación de *principios de la acción preventiva* propician tanto la preponderancia de la protección colectiva sobre la individual como el reinado de la generalidad y el vacío, toda vez resulta manifiesto que dar las debidas instrucciones a los trabajadores constituye cajón de sastre en que residenciar cualquier contenido, sin alcance ni orientación. Se establece así una condena segura y por anticipado, porque de este modo siempre habrá causa (y pretexto) para imputar una omisión que no entiende de magnitudes ni concreción alguna. Además, siendo principio general que la inobservancia de medidas adecuadas, aún no impuestas con carácter general o particular, deben considerar tanto las circunstancias del centro o puesto de trabajo como la diligencia exigible a un empleador sensato, cabe entender desde esta premisa como obligada la adopción de un sistema de protección que haga imposible la ejecución de maniobras imprudentes por cualquier miembro que integre el ámbito de trabajo. Así planteada la cuestión, cabe reiterar como argumento de fuerza que el deber de protección se muestra expansivo y, por qué no decirlo, sin techo ni límite algunos en la práctica.

Conforme a los anteriores razonamientos, el principio de culpabilidad se mueve en un amplio y elástico campo que discurre entre la existencia de responsabilidad cuasi-objetiva y la culpa *in vigilando*. Por ello cabe deducir de forma categórica (y prácticamente en todos los casos) que las vulneraciones que se producen tienen por causa la inobservancia por parte del empresario de las normas de seguridad, cuyo cumplimiento directamente le corresponde y que por ello viene obligado no solo a la adopción de cuantas medidas de prevención sean necesarias sino también a justificar que, en su caso, el siniestro se debió a razones ajenas como el caso fortuito o la fuerza mayor. De ahí que el abandono del principio de la presunción de inocencia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales (que igualmente cabe asociar a cuantos supuestos vienen presididos por una deficiente organización del trabajo) constituya línea de fuerza en la consideración de la relación de causalidad entre las condiciones en que se ejecuta el trabajo y el accidente. De este modo el sistema se ha procurado una respuesta segura a modo de chivo expiatorio en la determinación de la responsabilidad subjetiva nacida en este espacio: la necesaria imputación al empresario por vía de culpabilidad, siendo que la imprudencia profesional del

trabajador aunque por sí solo no rompe el eslabón de la cadena de causalidad, sí es determinante (de forma excepcional) cuando se hace incumpliendo las estrictas instrucciones de la empresa y alcanza el grado de comportamiento temerario.

Cuanto antecede conduce a la conclusión que sostenemos: la infracción se muestra como origen del recargo y no cabe convertir en sanción lo que es solo una parte cualificada de la prestación que incrementa.

CUARTA: UN MITO INSOSTENIBLE QUE DEBE CAER, EL DE LA RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL EMPRESARIO.

El sistema de responsabilidad empresarial ha evolucionado desde la noción de culpa individual hacia territorios de responsabilidad objetiva, en que trasladamos a un tercero los efectos del riesgo mediante la técnica del seguro. La institución del recargo no puede permanecer anclada como reminiscencia histórica en una legislación que se limita imperturbable a darle acogida con mansedumbre y a sortear como puede los numerosos inconvenientes que plantea, tratados por la doctrina de forma dispar, equívoca y a veces complaciente y que no ha sabido armonizar una figura que pretendidamente indemniza y sanciona al mismo tiempo consintiendo las disfunciones que su aplicación lleva aparejadas. Y quizá sea porque el recargo de prestaciones es el paradigma, el termómetro, de una tensión histórica entre lo individual y lo colectivo a modo de elástico usado a conveniencia. En esa cualidad reside la razón de que ni se regule ni se ordene, sencillamente porque no preocupa al legislador: cuando el Estado de Bienestar extiende a todos los ciudadanos los derechos sociales, la responsabilidad se objetiva y se responde por los demás; por el contrario, cuando caemos en el estrecho margen del contrato entre dos ahí está el discurso de la responsabilidad contractual para imputar conductas desde la barrera y buscar un observatorio cómodo desde el que alejar todo compromiso.

La responsabilidad del pago del recargo directamente sobre el empresario infractor (como si el resto de agentes que intervienen en el resultado dañoso del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional no existieran) revela que algo en el sistema de responsabilidades falla. Sin duda la distorsión que produce tiene un fundamento seguro en el desorden normativo y la falta de armonía entre las responsabilidades punitivas y resarcitorias. Pero sobre todo llaman la atención los efectos perniciosos que produce en clave de inseguridad jurídica a través de un vasto y complejo peregrinaje administrativo y judicial.

Como elemento vivo, el recargo está sometido a tensiones y dicotomías nacidas de intereses en conflicto. En este juego de ampliaciones favorables y odiosas restricciones hemos sido capaces de extender el marco objetivo de la infracción por vía del ilimitado deber de protección. Pero con el tiempo hemos también llegado a

ser complacientes en su vertiente sancionadora limitando su exigencia a conveniencia sabiendo de antemano que no procede cargar todo el peso de la responsabilidad en unas mismas espaldas. En esta identificación del último responsable se ha concentrado nuestro propósito que cristaliza en la distinción del significado y alcance de los vocablos *directa* y *exclusiva* con que la ley adjetiva la responsabilidad de su pago y cuyo equívoco ha venido produciendo perniciosos efectos mantenidos a lo largo del tiempo. La estrecha consideración a la responsabilidad exclusiva debe ser cuestionada porque la responsabilidad compartida en los supuestos de contratas y empresas de trabajo temporal resulta admitida en la propia ley y resulta innegable. Pero en el panorama reparador del recargo se hace preciso conjugar las nociones de *empresario infractor* y *culpa intransferible* como dos líneas de fuerza infranqueables en un marco sancionador que se acentúa cuando se proyectan a un ámbito protector limitado y sujeto a condiciones presupuestarias cambiantes, arreglado a un sistema de protección social imperfecto y sujeto a limitaciones en el marco de las disponibilidades financieras de la Seguridad Social.

El inconcebible y severo tratamiento que se ha venido propinando al recargo por los intérpretes judiciales impide su traslación a terceros con el efecto de negar su abono en caso de insolvencia del empresarial por vía de anticipo a través de las entidades gestoras, mutuas y servicios comunes de la Seguridad Social. Esta línea abierta llega hasta nuestros días en innumerables sentencias que, con ciego y mimético entusiasmo, después han seguido hasta el punto de hacer exaltación de su carácter punitivo y reconocer que la deuda de seguridad en el trabajo gravita exclusiva y excluyentemente sobre la persona del empleador, sancionando con la nulidad de pleno derecho, todo acto o contrato que tenga por objeto desplazar tal responsabilidad.

Se impone, pues, la tarea de derribar los mitos que ciegamente se han instalado en la larga historia de esta institución. Y en particular el que identifica la responsabilidad exclusiva con la directa. Porque es claro que son conceptos conceptual y semánticamente distintos, como lo evidencia el hecho cierto de distinguir sin trauma alguno entre dos estadios que se suceden de forma independiente: la culpa que está en el origen de la infracción se muestra intransferible, pero los riesgos del trabajo sí pueden derivarse a terceras personas; es decir, en nuestro sistema normativo y en la realidad práctica sí tiene un lugar destacado y trascendencia jurídica la asunción de obligaciones por hechos ajenos. El calificativo que se predica de la responsabilidad al señalarla como *directa* no puede identificarse con *exclusiva* como lo desdice la posibilidad de extenderla a otras empresas que concurren en el escenario de la contingencia profesional por incumplimiento del deber de protección. Caído este mito, es lógico y consecuente poder tanto atribuirle a otros agentes como cuestionar la prohibición absoluta de aseguramiento. La obligación de velar por la salud laboral ha evolucionado desde su exigencia única al empresario individual hasta la culminación de ese deber social a través del Estado por medio de sus instituciones de protección y asistencia públicas. Y en este contexto debemos analizarlo.

Otro equívoco que se suscita con frecuencia viene determinado por el reproche que se hace al recargo respecto de su exceso reparador. Tal efecto se produce cuando la culpa se extiende sin fundamento a cuantos aparecen implicados en el accidente y se deduce que la omisión del deber de vigilancia de la empresa principal debe contagiarse al resto, en clave de responsabilidad objetiva que rebasa el ámbito de la persona estricta de quien infringe. Y ello porque sin duda en la tarea de evitar los siniestros laborales existe una dimensión pública ineludible cuyo compromiso alcanza al conjunto de la sociedad. En esta línea, el criterio legal de coordinación de actividades entre empresas concurrentes es acorde con el principio de solidaridad, máxime cuando están en juego valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico como la vida o la integridad física. Y es justo esta vertiente de responsabilidad compartida la que de forma expansiva imputa deberes más allá de los términos literales del contrato de trabajo para situarse en el escenario de la protección pública.

El impedimento de asegurar es circunstancial en la dinámica histórica de la institución y viene asociado a su rasgo sancionador. En la lógica del legislador de mitad del siglo pasado se entiende que la represión de conductas constituye un canon de comportamiento favorable a la prevención del accidente en la empresa: imputando a la persona física la responsabilidad directa de la infracción e impidiendo que la misma pueda cubrirse por terceros se logra la mejora de condiciones y el celo por el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en los centros de trabajo. Pero este modelo se ha visto clamorosamente fracasado a la vista de las estadísticas, lo que obliga a su revisión bajo otros parámetros más eficaces. Es cuestión de simple perspectiva porque si partimos del hecho de que la comisión de un ilícito hace inviable su aseguramiento es manifiesto que si en lugar de una infracción dolosa estamos solo ante una vulneración de normativa administrativa (o sencillamente de carácter objetiva), no parece justificada la prohibición de derivar el riesgo a un tercero mediante la oportuna salvaguardia.

El seguro público en que se constituye la Seguridad Social contempla nuestro recargo en el marco de una prestación económica que no puede dejar de serlo ni renunciar a sus propiedades esenciales porque se aumente. Contrariamente a tan elemental presupuesto se quiere oponer otro que retrata una figura de geometría compuesta con base determinada a la se incorpora como elemento extraño el aumento en que aquél consiste, pero que en modo alguno puede alterar su naturaleza porque etimológicamente no es posible ni llamarle de otro modo ni darle un tratamiento distinto. No dudamos que la prohibición de asegurar el recargo descansa en el bien intencionado propósito de prevenir y disuadir el accidente poniendo el acento en la responsabilidad única del empresario para evitar al tiempo la de la Administración Pública. Pero este despropósito lleva a consecuencias infames; la más clamorosa se ciñe a los casos de insolvencia de la empresa, en que la Seguridad Social rechaza el abono de su anticipo so pretexto de negarle naturaleza de prestación. Y tal situación puede corregirse mediante la fórmula del compromiso público que procede por razón

de solidaridad. Máxime cuando constatamos que el recargo nutre los fondos de su Tesorería mediante la obligación que al empresario se impone de capitalizar el importe sin que tenga explicación alguna que su papel pueda quedar relegado al de mera administradora de fondos ajenos, devolviendo el sobrante o reclamando las mermas que pudieran producirse en el capital constituido. Por ello insistimos que esta visión mercantilista no se corresponde ni al contenido ni a los fines propios de la acción protectora de la Seguridad Social en la que se enmarca el recargo por imperativo legal.

En este punto cabe concluir que el recargo de prestaciones no puede recaer exclusivamente en la quebradiza figura del empleador porque su proyección se orienta más allá de la relación contractual individual y su gestión se encuentra encomendada a la Administración Pública cuyo fin primario consiste en velar por el interés común.

QUINTA: SOLIDARIDAD, FACTOR CLAVE POR EXTENSIÓN.

Debemos proclamar enérgicamente la esencia prestacional del recargo aceptando la realidad de la responsabilidad compartida y asumiendo la innegable intervención pública que sin atajo alguno conduce al valor de la solidaridad. Esta tarea implica la reforma del conjunto que siente las bases de una interpretación integrada y razonada de la norma; y para conseguir ese objetivo partimos de una premisa cierta: la confusión que genera la presencia de varios empresarios origina la declaración de responsabilidad solidaria como mecanismo reforzado de seguridad en que se constituye, aunque no siempre en la base de este planteamiento se encuentra una razón de identificación real del infractor sino un elemental principio de reparación. Derribar los muros del contrato de trabajo ha sido empresa difícil porque se ha chocado con la noción clásica del concierto de voluntades sobre un objeto y una causa lícitos. Y porque la doctrina ha venido evolucionando hacia posturas de corte más flexible que han hecho posible superar los límites del pacto, individual o colectivo, para situarse en terrenos abiertos donde el vínculo formal ha sido sustituido por razones de interés general o simplemente por criterios de justicia distributiva.

En la atribución de responsabilidad al empresario no puede percibirse a éste solo como sujeto físico ni como culpable exclusivo del daño, toda vez la imputación cabe extenderla también a la persona jurídica y en concurso con otras. Por ello debe superarse el equívoco que el adverbio *directamente*, referido a la responsabilidad en el pago, viene generando para concluir que no puede confundirse interesadamente con la exclusividad que de la misma se pretende deducir. Estos límites ampliados en el territorio del recargo cuestionan la imposibilidad de asegurarlo por tratarse de un

innegable instrumento resarcitorio del sistema público de protección social, aunque esta función se muestre eclipsada por su origen punitivo y el gravamen que conlleva la asunción por parte de la Administración de cuantas obligaciones le impone su naturaleza real y el destacado papel que desempeña en la prevención del riesgo.

Prescindir de la apariencia a que nos puede conducir una primera impresión en las condiciones y términos en que el accidente de trabajo se produce por infracción de las normas de seguridad y juzgar los actos por su contenido sustancial, más allá de vendajes preliminares o componendas interesadas en la determinación de la responsabilidad y fijación de reparaciones finales, ha sido el objeto de nuestra reflexión, que parte de la diferenciación entre empresario formal y productor real del daño hasta llegar a la cuestión de quién deba afrontar la carga de las indemnizaciones resultantes. Sobre la identificación de planos subjetivos resulta evidente que no cabe confundir a cuantos actores en el escenario concurren, resultando inevitable acudir al mecanismo de la solidaridad para poner el acento en el verdadero núcleo causante por ser el ámbito laboral, como espacio físico, un mero cauce de carácter instrumental y de valor relativo. El plano de la responsabilidad nos conduce a un planteamiento de mera consecuencia: la reparación íntegra del daño corresponderá a sus autores una vez se determinen o a quienes por ellos deban asumir tal obligación. De este modo quedan plasmados en sendos actos consecutivos los dos ejes básicos de la obligación solidaria: su papel destructor de la apariencia y mostrarse como garantía de las verdaderas responsabilidades en concurso merced a su efecto expansivo.

Los movimientos correctores que representan las doctrinas del *levantamiento del velo* y del *empresario oculto* deben contribuir a determinar el último responsable fijando la propia razón de ser de la persona física o jurídica en cuyo ámbito se infringe la norma de seguridad mediante la protección de las realidades que se esconden más allá del individuo. La reconstrucción de todo modelo viejo no debe abordarse partiendo de errores consagrados o abordando tópicos y lugares comunes sin ánimo de transformar o proceder a una revisión de las teorías dominantes. De este modo nunca habría avance o progreso alguno porque, llegados a este punto y conformándonos con una mera remisión a la doctrina mercantilista que domina el ámbito de la empresa, difícilmente podría darse respuesta desde la perspectiva del Derecho del Trabajo a cuestiones de responsabilidad que desde hace mucho tiempo reclaman al menos una cura de urgencia en una carrera repleta de obstáculos.

Mediante la locución *empresario infractor* (o en su versión más compleja, desde la persona jurídica en que habitualmente se esconde) hemos creado un mito que impide o dificulta ver la realidad al separar los elementos personales de los materiales, segmentar su composición y priorizar el capital en detrimento del factor humano que constituye el trabajo ajeno. Ello ha conducido irremediablemente a una limitación de la responsabilidad de sus titulares y de quienes aparecen en torno a la contingencia profesional, convertida por la práctica indolente en verdadera y absoluta exclusión

del responsable último, efecto que mal puede compadecerse con el concepto mismo no solo de persona sino de Administración Pública. En este diseño hemos trazado un simple recorrido que ha partido desde la inocente idea del empresario físico hasta llegar a la complejidad de la empresa que, entendida en su papel instrumental como persona jurídica, pervierte la verdadera responsabilidad. Solo una formula es capaz de poner orden en el juego del ocultamiento de responsabilidad: acudir a la solidez de un principio que demanda transparencia para advertir que detrás de la pantalla nos encontramos con terceros que no pueden quedar inmunes. Este marco que ahora tratamos tiene su correlato con la propuesta que hacemos y del modo siguiente se ordena: de igual modo que la persona jurídica encierra la suma indiferenciada de las responsabilidades individuales de los socios que la componen, así la sociedad civil no puede dejar de ser responsable con (y *junto a*) las empresas que omiten su deber de seguridad. En este punto no cabe desviar la mirada porque si la Administración regula el accidente con normas preventivas, las consecuencias del accidente no pueden limitarse al aseguramiento público y al refuerzo que supone el recargo de la prestación solo a costa del infractor aparente: porque la producción del evento dañoso posee una ineludible dimensión social.

El argumento de raíz se muestra diáfano acudiendo a una premisa incontestable: el Estado a través de su poder normativo ordena y obliga a los particulares la observancia de una serie de reglas para evitar o aminorar las resultas de los accidentes de trabajo y se impone a sí mismo la tarea de inspección; pues bien, aun siendo manifiesto que ni el accidente se produce ni la enfermedad profesional se contrae en su centro de trabajo ni a consecuencia o por ocasión de una relación laboral a su cargo, no puede negarse que, al igual que sucede con los socios respecto de la sociedad mercantil, es inevitable un contagio de responsabilidad, una ósmosis de obligaciones entre el llamado empresario infractor y el garante de su cumplimiento final. Es la seguridad de los individuos frente a las situaciones de necesidad el factor que justifica la existencia de un sistema público de protección social. Y ello es característica propia de toda sociedad avanzada conforme al mecanismo de la solidaridad entendido sobre todo como marco de obligaciones y derechos entre personas concretas. Es cierto que el debate sobre su extensión e intensidades, sobre su alcance y contenidos, ha estado y está muy influenciado por cuestiones de ideología y no podemos permanecer al margen de esta realidad: desde los planteamientos mínimamente intervencionistas del liberalismo hasta la socialización en grado superlativo hay muchos estadios intermedios. Pero una cosa es cierta: disponemos de una norma fundamental con que delimitar el campo de juego y establecer sus reglas.

Considerando lo anterior, debemos concluir que, admitido en origen el componente individual del seguro, la extensión comunitaria del ser humano determina que podamos hablar de riesgo social cuando tiene carácter amplio y puede trasladarse a un colectivo uniforme de personas. Por eso, la carga solo en el empresario de parte de una prestación pública se nos antoja situación paradójica, no solo porque

representa un reproche exclusivo a su conducta de inciertas consecuencias en un proceloso e interminable pantano de litigios, sino sobre todo porque supone laminar el papel de quien por vía de responsabilidad solidaria está llamado a dar eficaz y pronta respuesta al drama que el accidente de trabajo y sus consecuencias representa. Y sin duda las instituciones públicas son la mejor garantía para satisfacer esta dimensión social del recargo de prestaciones.

SEXTA: LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO, IDEAL DE JUSTICIA.

Desde el umbral de nuestro estudio hemos mantenido que la idea de reparación integral del daño ha venido a trastocar la vieja configuración de la culpa subjetiva que anidaba en los postulados clásicos para dar mayor extensión incluso a la residenciada en el artículo 1902 y siguientes del Código Civil. Ahora se fortalece el principio de realidad social procediendo a limitar el criterio subjetivista pero sin llegar al extremo de adoptar incondicionalmente el principio de responsabilidad objetiva. Transitamos, pues, de lo particular a lo general, del contrato a la dimensión social, de la indemnización simple a la complejidad que la reparación integral del daño implica. Y siempre considerando la premisa de su naturaleza mixta que hace nos situemos en un escenario de indemnización, sí, pero sin olvidar su basamento infractor, toda vez al recargo de prestaciones (con el constante propósito de una reparación integral del daño) nunca le han dejado desprenderse de su carácter punitivo y así, paradójicamente, ha terminado por convertirse en un confuso *totum revolutum* de responsabilidades y jurisdicciones.

El papel destacado que supuestamente cumple en la prevención del accidente ha podido justificar el empeño del legislador en mantener a toda costa ese instrumento que, nacido como indemnizatorio, muta desfigurado a sancionador para desembocar en su vertiente preventiva. Es la conjunción de estos factores (que abarcan desde la tutela administrativa a la sanción civil) la tarea cuyo encaje no hemos terminado de ordenar y todavía se encuentra pendiente de resolver. De ahí que sean razones de política social las que vienen manteniendo vivos de forma residual los mecanismos de responsabilidad del Derecho Común al objeto de obtener una reparación integral de las resultas de los siniestros laborales y constituya aspecto prioritario mantener deliberadamente la responsabilidad del empleador como reclamo y refuerzo de la prevención de los riesgos profesionales. Por ello el recargo en su propósito de reparar el perjuicio queda anudado a la infracción empresarial y a la pena pecuniaria derivada, determinando ese juego de indemnizaciones y aumentos económicos la reparación final que haya de darse. Pero en esa tarea de ordenar y armonizar el daño, la ley ha ido sumando piezas de un interminable mecano para montar un artificio hecho a base de una regla de compatibilidades inciertas entre las distintas ópticas de observación, conforme a una naturaleza mixta y plural que termina por hacerla confusa. En el esquema legal se dan cita, por tanto, diversos mecanismos de

reparación además de los sustratos preventivo y sancionador. En razón a esta divergencia, los diferentes criterios en los órdenes concurrentes son tan acusados que se fuerza acudir a la vía complementaria, como se pone de manifiesto al contrastar el baremo indemnizatorio vigente del sistema de Seguridad Social con el que rige en materia de tráfico: sin duda aquél atiende prestaciones y por ello el conjunto de indemnizaciones hasta lograr el objetivo de la reparación íntegra es capítulo aparte que no tiene que confundirse con el régimen ordinario que cubre el sistema público. Por ello las prestaciones de Seguridad Social no cabe considerarlas como estricta indemnización sino elementos de ordenación de recursos que responden al objetivo de paliar carencias y, con ello, sujetas a criterios de política social.

Abordar el objetivo de satisfacer la reparación del daño causado y proporcionar una solución al problema de la concurrencia y desequilibrio de indemnizaciones pasa por acudir a la ficción jurídica que supone estar en presencia de una sola magnitud, integral y única, aunque en su imposición intervengan distintas vías jurisdiccionales. Conforme a este planteamiento las prestaciones de Seguridad Social son parte de una *indemnización global* lo que viene a justificar su descuento del total indemnizatorio que se fije. Pero esta postura además de elemental y bienintencionada conecta paradójica e inevitablemente con el concurso de responsabilidades y la multitud de matices y tiempos que el recargo suscita en los innumerables procedimientos que pueden abrirse en su reclamación y tratamiento por las distintas instancias y que suelen a menudo arrojar soluciones insatisfactorias. De ahí que sea preciso ordenar este abstracto panorama y fijar nítidamente la frontera entre la compensación y la multa; de tal manera que, valoradas conjuntamente cuantas circunstancias han originado la infracción, esto es, considerando las resultas del accidente y el daño efectivo, se llegue a fijar una sola indemnización para seguidamente -y ya en el estricto campo de la represión- ordenar a su vez el juego de los efectos punitivos que puedan darse con cargo al infractor, además de la multa administrativa derivada de la aplicación del *ius puniendi*.

Es hecho constatado que su camaleónica naturaleza no da respuesta eficaz a ninguno de los papeles que se le atribuyen. Su fracaso es manifiesto: los accidentes no han disminuido con esa fórmula coactiva; antes al contrario, evita la inscripción de nuevos empresarios por los riesgos de asumir los costes del accidente, retrayendo el empleo. En todos estas funciones el recargo se muestra insuficiente e incómodo, por no hablar de las dificultades en la coordinación de jurisdicciones y resultados en una solución armónica e integral. Por ello supone una aberración jurídica, consentida en el tiempo, la compatibilidad de indemnizaciones y mantener la pluralidad de vías. De ser congruentes, si el daño es uno, uno debería ser el procedimiento y no autorizar remedios instrumentales que terminan por complicar una solución final justa y unitaria; y lo más grave, con el efecto añadido de levantar la desconfianza y el recelo en contra del trabajador pertinaz y combativo que lleva su reclamación a los distintos frentes que se le ofrecen. De ahí que no sea consecuente limitar el *quantum* indemnizatorio en consideración a lo que ya se hubiese percibido como prestaciones

de Seguridad Social, confundiendo alarmantemente resarcimiento de perjuicios con cobertura social. Porque es claro que representan dos aspectos distintos por origen y finalidad: lo primero, porque aquél requiere la presencia de culpa en su producción y su ámbito es el contrato de trabajo en contra de la prestación social que no participa de ninguno de estos presupuestos; y lo segundo, porque la indemnización repara un daño concreto sujeto a unas coordenadas inmediatas que ya han sucedido en un planteamiento muy distinto al propósito de la prestación económica de Seguridad Social que garantiza una situación de cobertura para el futuro, ya sea para sustituir rentas de trabajo por incapacidad temporal o permanente para su ejercicio en el tiempo, además de otorgar amparo a sus beneficiarios en los supuestos de orfandad o viudedad.

Abundando en el anterior razonamiento, cabe diferenciar el concurso de indemnizaciones (a que pueda dar lugar la contingencia profesional desde las distintas ópticas del Derecho) del papel que el recargo de la prestación de Seguridad Social (esto es, la prolongación de la cobertura social) juega en ese contexto resarcitorio. Porque evidentemente son planos absoluta y radicalmente distintos. Y lo son porque a la reparación descompuesta y clásica (que a todo daño acompaña en forma de *indemnización de daños y perjuicios*) procede sumar, en el proceso evolutivo del ordenamiento jurídico, nuestro recargo de prestaciones que se alza como un plus, una mejora en la cobertura de la protección social, pero que tiene un fundamento, un tratamiento y una finalidad radicalmente distintos de aquellas otras indemnizaciones con las que convive y armoniza siguiendo caminos distintos. Por eso no entendemos que puedan confundirse perspectivas y se incorpore la cuantía del recargo al magma de la reparación para deducir su importe de un todo global considerado, entendemos que indebidamente, de forma unitaria. Sin duda resulta de sentido común que la reparación no debe exceder del daño o perjuicio sufrido, lo que *a sensu contrario* implica que los *dañados* o perjudicados no deban enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena.

En este punto se hace preciso volver sobre los pasos de nuestra primera conclusión: el recargo es prestación en el ámbito de la Ley General de la Seguridad Social pero no constituye sanción en el marco de la normativa sancionadora que preside la LISOS; es decir, el recargo no puede tener consideración de infracción administrativa del orden social porque está desprovisto de tipificación sancionada ni en esa ley especial ni en ninguna otra. Este sustancial aspecto lo deja muy claro la redacción del vigente texto de la Ley Prevención de Riesgos Laborales, al hacer compatibles las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con las indemnizaciones que procedan, primero, de los daños y perjuicios causados, y, después, del recargo de prestaciones económicas. Sabemos por ello que el tratamiento unitario de la reparación quiebra en el vigente texto refundido de Seguridad Social, que resumidamente contempla distintas fórmulas de reparación: el recargo propiamente dicho, como extensión de la prestación pública, la

indemnización adicional por responsabilidad civil o criminal, y finalmente el ámbito administrativo sancionador en que se mueve la infracción que origina la contingencia. Pues bien, estas tres líneas originan otras tantas vías de indemnización, acumulándose los distintos planos de responsabilidad en concurso: la objetiva que cubre la prestación común, la específica que se extiende más allá de ésta, configurando el recargo en cuantía variable según la gravedad de la infracción, que no de la culpa del empresario; y una tercera adicional -o de cierre- que tendría por objetivo culminar el ideal de la reparación hasta cubrir la diferencia entre el daño reparado por las prestaciones de la Seguridad Social y el daño total producido por el accidente.

Partimos de una base marcada por la infracción del empresario y llegamos a diferenciar los distintos planos en que proyectar su responsabilidad; y siendo este tránsito importante para analizar la naturaleza del recargo y de los elementos que lo componen, no cabe confundir dicho sustrato con sus consecuencias indemnizables que terminan por traducirse en un aumento de la prestación y en el resto de efectos derivados. Pero no basta solo lamentar la dificultad para ordenar esa separación de compuestos que sin duda tiñen de complejidad la figura y se ve agudizada por el infortunio del legislador en la redacción del texto legal. Debemos partir de que sin duda el daño es único y la norma reguladora de este espacio, determinado por el artículo 168.3 del texto refundido de Seguridad Social, habla de *compatibilidad* de responsabilidades y de indemnizaciones (utilizando la expresión *sin perjuicio*) y sobre todo proclama su *acumulación* cuando afirma que es toda la prestación la que *debe ser hecha efectiva* sin perjuicio de las demás responsabilidades. De ahí que las distintas vías de reparación del daño causado por el accidente de trabajo presenten indiscutibles dificultades de coordinación, por cuanto mientras las prestaciones económicas atienden la pérdida de ganancia y el recargo opera de forma automática en razón a la gravedad de la infracción, la indemnización civil opera de forma discrecional. Además, a tan nuclear premisa debe añadirse la concurrencia de órdenes jurisdiccionales y el distinto trato que en los mismos tiene la valoración de los mismos daños.

En este intrincado campo de responsabilidades el texto legal no admite ninguna oposición por cuanto sienta con carácter amplio el principio de plena compatibilidad e independencia entre las mismas. Pero es obligado hacer una serie de precisiones terminológicas porque ni *adicional o complementario* es sinónimo de *accesorio o subsidiario*, ni *duplicar* puede confundirse con *exceso o ilicitud*. A su tenor, no cabe extraer consecuencias estrechas ni mucho menos interesadas porque el juego elástico de palabras en que nos estamos moviendo tiene el peligro de suscitar problemas inexistentes o simplemente dogmáticos; por eso la indemnización civil adicional abre el camino para preguntarnos sobre el concepto mismo de reparación integral. Porque si las prestaciones no son indemnización en sentido estricto, tampoco el recargo puede serlo al constituirse y venir condicionado sobre una declaración previa de aquéllas.

También la acumulación de sanciones genera problemas de coexistencia, prioridad y encaje: en la figura del recargo hay ópticas e intensidades distintas. Sobre todo si partimos de que puede haber gravámenes tanto civiles como penales; y de que éstos admiten una derivación administrativa donde cabe el perjuicio de una persona concreta que lleve aparejado un efecto de reparación al mismo tiempo. Pero en el marco de una rica casuística debe ordenarse este juego de grises que a menudo arroja resultados imposibles o *contra natura* y considerar finalmente que el objetivo de la reparación íntegra del daño no puede hacernos transitar por el laberinto de su compleja configuración legal, planteando hipótesis efervescentes y consecuencias forzadas como deducir que con el abono del recargo su tramo reparador queda cumplido y el exceso se convierte automáticamente en indemnización punitiva.

Es cierto que el desiderátum de toda norma sobre responsabilidad consiste en no rebasar el espacio del daño efectivamente producido; y ello es complicado de alcanzar cuando simultáneamente y sobre una misma infracción acumulamos indemnizaciones de diverso calibre y origen. Valga este razonamiento como ejercicio de lógica jurídica que concilia el concurso de distintos efectos; pero convengamos en la fragilidad del esquema si ponemos fronteras y prejuicios a conceptos indeterminados como *valor del daño* o *reparación integral*, que tras un amable aspecto esconden todo un semillero de conflictos e intereses enfrentados.

SÉPTIMA: LA ADMINISTRACIÓN NI ASUME NI GARANTIZA EL ABONO DEL RECARGO.

Nuestro sistema contempla que el empresario infractor se constituya en la fuente exclusiva del incremento que se une a la pensión formando parte de la misma. Pero este efecto queda vinculado a la vida y existencia de aquél, otorgándole carácter solo temporal y condicionado al aporte de fondos del que fuera infractor primero y deudor después. En situaciones de insolvencia o impago, la Administración Pública nada hace por buscar un remedio sostenible y coherente a tan clamorosa pérdida de un derecho que pasaría bien por seguir abonando el recargo, una vez hecho pensión, o sencillamente limitarlo en el tiempo al margen de toda eventualidad; incluso suprimiéndolo del panorama protector para integrarlo en otros mecanismos de reparación hasta diluirlo en éstos por inconveniente y discriminatorio.

Los problemas prácticos que plantea tanto el reconocimiento administrativo del recargo como su conservación son innumerables; a las dificultades de transmisibilidad del recargo entre prestaciones con el mismo hecho causante y de agotamiento del capital por desaparición de la empresa se unen otros que vienen a complicar gravemente el funcionamiento de la figura abriendo nuevos frentes de

contradicción y asombro; porque si para mantener la exclusividad del abono por el empresario la postura oficial alimenta la preeminencia del elemento sancionador, cuando se trata de devolver un eventual exceso del capital constituido en la Tesorería para hacerle frente nos situamos ante el responsable último de su pago cuya personificación es la Administración misma. Llama poderosamente la atención ese papel de esquizofrenia que la ley le impone, pues de un lado concentra todo su esfuerzo en recaudar y administrar el depósito para seguidamente resistirse, llegado el caso, a su devolución cuando así se acuerda judicialmente sosteniendo que la misma corresponde al beneficiario como destinatario del recargo; en este juego de matices se esconde el rostro más áspero de la figura, cuya volatilidad permite esta suerte de paradojas y efectos deformantes; de este modo, la Tesorería se constituye en el órgano no solo de recaudar y liquidar su cuantía sino de entregar su importe a la entidad gestora que además de declarar su existencia legal queda sujeta a su efectivo desembolso. Por eso el diseño de responsabilidad en este particular aspecto puede esquematizarse en dos trazos: de un lado, el trabajador accidentado no es propiamente acreedor del empresario incumplidor que resulta condenado al abono del recargo sino solo beneficiario de éste; y de otro, la deuda se contrae no con el trabajador sino con la propia Seguridad Social.

La extensión de responsabilidad a otros sujetos en el marco del procedimiento recaudatorio conecta con la noción de empresario infractor, cuyo alcance puede variar en función del grado de implicación como sucede respecto de las contratas, empresas de trabajo temporal y otras, hasta alcanzar a quienes están encargados de la vigilancia y el control de la normativa. Este destacado aspecto se torna nuclear cuando asistimos a la posibilidad de extender la responsabilidad a quien no tiene la consideración de autor material de la infracción pero en cambio sí asume el papel de éste a lo largo del tiempo. El procedimiento llamado *derivación de responsabilidad* viene a representar la traslación de la doctrina del levantamiento del velo al procedimiento administrativo de recaudación; o si mejor se quiere, sin necesidad de llegar al punto de fraude y abuso manifiesto de derecho que pudiera justificar tal doctrina para destruir la apariencia societaria inculcando a las personas físicas que tras de ella se esconden, podría hablarse de una situación anómala en el contexto de un conjunto de empresas en virtud de la cual la nueva sociedad se instituye también como empleadora en calidad de receptora (por extensión) de los servicios del trabajador beneficiario de prestación. Y de nuevo la *ficta iuris* viene al rescate de una solución de equidad porque lo importante no es el aspecto exterior sino constatar que la situación de confusión se despeja mediante la condena solidaria de todos sus integrantes.

La metáfora nos lleva a conclusiones jurídicamente razonables porque si el discurso para determinar la responsabilidad del verdadero culpable de la deuda lo transportamos al ámbito de la intervención pública más allá de la búsqueda del que aparece como obligado, es razonable admitir que al menos también la

Administración debe tener un papel destacado no solo para detectar la presencia de los deudores ocultos o sobrevenidos en el ámbito de la recaudación del recargo sino también en el de la producción de sus efectos.

OCTAVA: LA TUTELA JUDICIAL SE MUESTRA INSUFICIENTE, TARDÍA Y EQUIVOCA.

Los tribunales no son ajenos a la problemática que despiertan las sombras y los intereses encontrados que a menudo presenta la dinámica del recargo. Si trascendemos su diseño teórico advertimos una institución útil en su concepción pero que languidece por inoperante y confusa debido en primer lugar a su compleja naturaleza; y después, después a los constantes retoques circunstanciales que viene sufriendo en su aplicación práctica, para terminar en la desigual protección que los distintos órdenes jurisdiccionales le vienen dando.

En este proceso hemos ido viendo cómo la naturaleza de la institución que estudiamos ha venido modificándose con el paso del tiempo y cómo sus efectos se han ido ajustando a los distintos criterios e intereses en juego. No hay mejor signo de disfuncionalidad que confiarse a un instrumento pensando que tiene la virtud de remediar un problema para al poco tiempo constatar que todas las soluciones se encuentran al otro lado del escaparate. Y que, aunque todo está disponible y a la vista, resulta complicado obtener una mínima satisfacción material, eficaz y razonable. Cuando sobreviene el accidente por infracción del deber de seguridad del empresario y se ha producido un daño que afecta a la vida del trabajador, no podemos desglosar infantilmente cada una de las regiones del daño sino entender que solo hay una causa y un lógico despliegue de componentes. Por eso la invocación a la solidaridad no puede ser gratuita porque las partes del todo están unidas de raíz y el tratamiento ha de ser único. Y por eso también pensamos que las veleidades y el detallismo sobre la ingeniería de vías y el opaco tránsito circulatorio de los mecanismos reparadores del daño no son más que una tosca coartada que algunos emplean para impedir el objetivo de reparación íntegra que el accidentado y sus causahabientes merecen por dignidad y razón legal.

En esta atmósfera no movemos para sostener abiertamente que los tribunales con frecuencia han venido siendo el manto protector y el fiel reflejo de una situación tolerada; lo primero porque en buena medida se ha tapado la impotencia y las limitaciones de una materia que por concepto solo cubre parcialmente el daño real que toda contingencia profesional comporta, revelándose como verdaderos guardianes de su cortedad. Y más tarde, porque salvo excepciones se ha venido echando de menos una crítica sistemática que aporte vías de escape a tanta confusión. La foto fija, pues, apunta a una figura sostenida artificialmente con puntales aparentemente firmes pero anclados en un cimiento inestable. Por eso es menester

pasar del retrato a la imagen en movimiento, descendiendo de la formulación teórica a la realidad de la casuística y proclamar con sonora gravedad que la reparación íntegra es una entelequia en la práctica de los tribunales. Ya no es cuestión de peregrinajes, sino de constatar que el legislador asume la quebradiza naturaleza del recargo y sus oscuros y contrastados efectos para mantenerlo con vida. Porque asistimos a un perverso espejismo: dando la apariencia de que sirve al objetivo de la reparación, se oculta una realidad determinada por la cruda estadística de sus tiempos y resultados. Basta un simple recuento de datos para comprobar los defectos del sistema en su tarea de desagraviar el daño. Y no estamos en la complejidad del laberinto de vías que suponen los distintos órdenes jurisdiccionales concurrentes porque, al margen de la dificultad que por este motivo puede darse, cabría tomar en consideración solo algunos aspectos del recargo para detectar cuán complejo es el recorrido a seguir para la obtención de un resultado satisfactorio....en las ocasiones en que éste se produce. La desmotivación que encierra el recargo es manifiesta: en el escaparate hay recursos para todos los gustos, vamos a encontrar pócimas y remedios de equidad en el camino al ideal de la reparación íntegra, tropezaremos con toda suerte de fraudes y oportunidades, habrá oportunidad de corregir muchos errores intencionados e indemnizar perjuicios y afrentas; pero al final nos seguiremos preguntando a quién beneficia esta carrera interminable de obstáculos que quizá estemos arrepentidos de haber iniciado.

Como contrapeso a este incierto y desconcertante periplo oponemos un proceso lógico que a lo largo de toda su evolución, desde el hecho causante mismo hasta la culminación indemnizatoria final, podría y debería pasar por un elemental criterio de congruencia y abordarse en un solo cauce unificado que tuviera por objeto simplificar una solución rápida y eficaz. Y argumentos para ello existen porque del mismo modo que la competencia del aspecto recaudatorio corresponde al orden social con el argumento de que el objeto de nuestro estudio constituye materia de Seguridad Social, también debe darse la determinación final, sólida y estable, de que el recargo en su conjunto es una prestación aunque tenga un inequívoco basamento sancionatorio del que no puede librarse porque forma parte de su código genético. Y siendo prestación sin duda debe propiciar necesariamente el conocimiento de los órganos de la jurisdicción social, incluso para determinar la indemnización complementaria que proceda según la gravedad de la infracción y del total de las circunstancias concurrentes en su producción. Y con este alcance, escenario y resultado el pleito debe agotarse por simplificación y eficacia. Y por una elemental razón de coherencia, siendo que la Administración le dispensa trato de prestación en el trámite de su reconocimiento mismo, debe por ello ser susceptible de aseguramiento y anticipo, mediante subrogación de todo su potencial para demandar del resto de responsables las consecuencias que procedan dejando a salvo e intacto al trabajador. Y eventualmente y en su nombre, conforme a su papel de garante, reclamar pena para el delincuente si quebranto social existe, multa si vulneración de norma administrativa o complementos de indemnización si no se satisface cabalmente el agravio.

En suma, el proceso único del orden social debe agotar todas las etapas lógicas y secuenciales que sean eficaz garantía de tutela judicial: primero hacer declaración de responsabilidad, fijar la cuantía del recargo propiamente después; y definitivamente buscar una reparación indemnizatoria final que cierre el conflicto y las desavenencias con referencia al trabajador sin perjuicio de los resarcimientos y compensaciones que la Administración -ya subrogada- pueda ejercitar.

NOVENA: LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO CONSTITUYE PREMISA INELUDIBLE DE SU ORDENACIÓN Y MEJORA.

El siniestro puede sobrevenir en todo tiempo, diversidad de escenarios y al margen de toda previsión del empresario, lo que determina como única causa exculpatoria de responsabilidad haber empleado toda la diligencia debida. Pero el nivel ideal de exigencia en la prevención del riesgo se presenta como una simple entelequia de imposible cumplimiento, porque siempre habrá una sombra de duda, un resquicio por donde atribuir el daño a quien no previó todo lo que a su alcance estuvo. Porque es lo cierto que los límites son a menudo espejismos en el horizonte donde todavía hay espacio y territorios por explorar: siempre hay un más allá de lo que a simple vista percibimos. Aunque sea milimétrico.

Al estado actual del recargo se ha llegado después de un largo periplo marcado por las vicisitudes propias de toda evolución histórica, favorecido en su supervivencia por el sólido origen del principio jurídico contenido en el artículo 1903 del Código Civil y guiado en su devenir por la realidad social que ha terminado por imponer la asimilación de conceptos tales como dependencia y solidaridad. Por otro lado y contrariamente, el sistema clásico de garantías laborales ha venido quebrando paulatinamente con la evolución de la empresa hacia entes y manifestaciones que buscan eludir grandes espacios de responsabilidad, quizá como expresión de posturas egoístas pero también como huida desesperada ante presiones fiscales o normativas. Es este un aspecto ampliamente extendido que pone al descubierto un escaso nivel de compromiso social, lo que a menudo obliga a fortalecer los institutos centrales del Derecho, redefiniendo constantemente sus conceptos porque junto a las meras apariencias, en las máscaras formales y el carácter anónimo del empresario, a menudo se ocultan otras incógnitas que deben despejarse y que son reflejo de la incertidumbre creciente en una sociedad cada vez más globalizada. Y es en este punto donde cabe conectar el sentido mismo de la empresa, su compleja composición, con la extensión de responsabilidad desde el nudo propietario a los socios y administradores, hasta llegar a la consumación del principio de solidaridad. Porque sin duda en esta dicotomía se encuentra el mayor o menor compromiso de revertir a la sociedad parte de sus réditos como ente que, en definitiva, le suministra

la materia prima de su actividad y progreso. Este elemento resulta de capital importancia y enlaza con el principio de la llamada *socialización del riesgo* para determinar el responsable final del recargo de prestaciones. En este punto, la pregunta a resolver nos sitúa en la encrucijada de cómo resolver la tensión entre liberalidad y necesidad, porque en materia de recargo la responsabilidad directa del empresario se mueve sujeto a este difícil equilibrio y debe atender a un mismo tiempo dos fuerzas opuestas: de un lado, la deuda de seguridad que contrae con el trabajador; y de otro, la viveza que impone la dinámica de su propia actividad, sujeta a una férrea intervención de la Administración Pública a la que comúnmente siente como ajena. Son argumentos cruzados donde la apariencia y la realidad se mezclan, sumidas en una naturaleza difusa que muestra su verdadera cara tan pronto se despejan las incertidumbres que los rodean y se superan los prejuicios cerrados con que a menudo se abordan esta clase de cuestiones. Así, la posibilidad de extender la responsabilidad *a quien reciba los servicios del trabajador* es muy amplia merced a dos líneas conceptuales decisivas y fundamentales que la norma nuclear en la materia, el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, contiene: tanto la expresión *a los efectos de esta Ley* como la que refiere *todas las personas o comunidades de bienes* no admiten ninguna duda sobre las extensas posibilidades que el concepto de empresario encierra, ya sea en su vertiente puramente descriptiva o conceptual como en la otra, funcional o dinámica, asociada tanto al papel infractor de la normativa de seguridad y preventiva del riesgo laboral como a su responsabilidad en la producción y reparación del siniestro en el marco del accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Por ello es importante culminar con una idea enlazada y consecuente con esta última dimensión de empresa: el comportamiento pasivo también genera responsabilidad. En efecto, la imputación objetiva en la responsabilidad del daño se presenta como una cuestión asociada al principio de causalidad que, además de determinar el nexo preciso entre el hecho que a su vez incide en otro, fija también qué daños son resarcibles y cuáles no. Porque es manifiesto que conforme al artículo 1903 del Código Civil cabe distinguir, de un lado, entre el agente causante del daño y, de otro, la persona que debe asumir su reparación. De igual modo es lícito diferenciar al empresario que infringe la normativa de seguridad en razón a una imputación objetiva de aquel otro que asegura o incumple por mera inobservancia y en última instancia viene obligado a reparar, ya sea la totalidad o parte del daño, por imposición legal o convencional.

Esta última comparativa arroja luz y constituye premisa en la tarea de ordenación y mejora que sostenemos.

DÉCIMA: DEPENDENCIA, FACTOR CLAVE POR SUBORDINACIÓN.

Hablar de dependencia implica no solo considerar la situación concreta de la persona individual sino también entenderla formando parte integrante de un gran colectivo que, al hilo del contrato de sociedad, se proyecta al Estado de Bienestar que nuestra Norma Básica impulsa y los organismos internacionales promueven. Y desde el *interés común* que el artículo 1665 del Código Civil refiere, lograr no tanto la abundancia de medios como su ordenación para producir aquel objetivo dando prioridad a la vertiente cualitativa en detrimento de magnitudes cuantitativas. Y como muestra de esta preferencia se alza un rasgo que define claramente el concepto de dependencia: la necesidad de ayuda externa que proporciona una tercera persona. Esta pieza clave constituye elemento integrador básico y tiene por objetivo acometer y afrontar los cuidados que el desempeño de los actos esenciales de la vida requiere.

Esto también sucede en el esquema de nuestra disertación, pues a las dos partes vinculadas por el contrato de trabajo se suma la Administración del Estado como garante del cumplimiento de la normativa de seguridad y preventiva de riesgos laborales. La noción de *dependencia* respecto de los demás (y por consiguiente el de autonomía personal) se muestra decisivo como canon imprescindible en la valoración del grado de participación e imputación de responsabilidad civil; por ello esa referencia a la *tercera persona* forma parte sustancial del concepto, al punto que la dependencia social se justifica por el mismo fundamento que inspira el marco civil de las relaciones personales; esto es, una realidad diversa, compleja, con carencias de todo orden y el objetivo de dar cobertura a personas necesitadas, superando la red de primera necesidad en que se constituye la familia para involucrar al Estado en la protección de un interés que le *corresponde* tanto por razón como por compromiso públicos.

Así, desde la mera noción de *contingencia profesional* de la que en exclusiva el empresario infractor debe responder hemos llegado a la de protección integral con cargo a la Administración del Estado. Del trabajador en origen hemos derivado al hombre social en un largo tránsito donde se abre con fuerza la situación de dependencia que, entendida como expresión de progreso, viene sufriendo una constante renovación en su concepto y alcance. La superación de este cuadro obliga a formular nuevas propuestas por cuanto constituye un fenómeno social de primer orden que obliga a reordenar los recursos y aprovechar las instituciones para dotarlas de eficacia. El recargo de prestaciones se nutre de estos principios informadores, para desde la dependencia cumplir su papel preventivo y reforzar su viabilidad resarcitoria. El escenario es compartido y tanto en el de la dependencia social como en el que preside el ámbito del recargo constatamos que hasta el momento solo hay remiendos y retoques que ninguna salida estable aportan; todo lo contrario, vienen a complicarla apuntando la intervención mínima del propio Estado en términos sustitutivos, a modo de gestor sin responsabilidad.

Por ello y como superación del estricto ámbito jurídico-privado, el objetivo a cumplir consiste en trazar un recorrido que arranque del accidente de trabajo o la enfermedad profesional por infracción de las medidas de seguridad para seguidamente exigir el compromiso de las Administraciones Públicas y de la sociedad entera en la reparación del daño. Y tan importante logro se daría no tanto porque formalmente así pudiera disponerse, sino porque materialmente estaremos trascendiendo tanto el círculo doméstico como la benéfica tutela en que históricamente se ha concretado el tratamiento a esta clase de situaciones, bien por medio de garantía bien de dependencia, como expresión de debilidad practicada sobre situaciones vulnerables. La reparación integral del daño se convierte así en un verdadero derecho subjetivo susceptible de ser exigido por imponerlo el desarrollo de la sociedad y una elemental formulación del derecho al bienestar que la propia Constitución garantiza. En definitiva, el objetivo consiste en acceder al resarcimiento mediante un sistema eficaz de indemnización que rebase con mucho el tratamiento sesgado que se ha venido haciendo tanto por causa del desorden legislativo imperante como por el sometimiento sufrido a las veleidades y oportunidad del Presupuesto.

El compromiso, pues, de la sociedad en la prevención del riesgo laboral y en la asunción de sus consecuencias requiere de su articulación a través del Estado que por ello viene obligado a dinamizar cuantos recursos públicos y privados concurren para llevarlo a efecto, mediante una regulación que contemple el enlace preciso de todos los sectores implicados. Por ello se trata de abundar en los principios rectores que rigen la actuación administrativa, destacando el de *responsabilidad pública* que pasa por la adscripción de recursos y, a su vez, el de *corresponsabilidad* del propio trabajador, la empresa y demás agentes vinculados, con preponderancia de las Administraciones Públicas. Y todo ello en términos de eficacia, celeridad y flexibilidad, aspectos que obligan a realizar apelación al principio de solidaridad como expresión natural de fortaleza y firmeza social en que el mismo por definición y concepto se constituye.

Las posibilidades que atesora el esquema de la dependencia (como institución y concepto jurídicos) son amplísimas porque, además de escenario viejo, constituye espacio abierto donde todavía hay mucho territorio virgen por explorar, abriéndose a los ojos de la sociedad en busca de respuestas que necesariamente precisa de la intervención del Estado en el objetivo de la reparación íntegra cuando el mecanismo tradicional se muestra agotado y del todo punto insuficiente. En este marco de suplir, complementar y culminar la tarea que la familia desarrolla en el orden privado, no solo conciliando lo particular con lo público sino proyectándolo hacia su estabilidad y mejora, se sitúa el planteamiento que proponemos en relación con el compromiso que inevitablemente se adquiere mediante la institución de la responsabilidad objetiva, que si en su momento dedujimos del empresario en razón a su deber de protección ahora (para concretar nuestra deducción final) hacemos respecto de la Administración Pública. Por ello entendemos que se dan en la actualidad todos los presupuestos favorables para obtener la reparación integral como resultado de

combinar y abundar en aspectos fragmentados que solo necesitan ordenarse y reconocerse socialmente, con superación del viejo concepto de Seguridad Social hoy dominante. Del mismo modo que ha sucedido en el ámbito civil donde el vínculo de dependencia ha estado directamente relacionado con el deber de alimentos entre parientes y configurado como la principal manera de atender las situaciones de necesidad en un modelo que es preciso desbordar con criterios de actualidad y proyección hacia el futuro.

UNDÉCIMA: **EL COMPROMISO PÚBLICO COMO SÍNTESIS.**

De igual modo que la Administración Pública establece las garantías para que el trabajador no sufra o se reduzcan las consecuencias del accidente mediante la normativa de prevención de riesgos, es también el engranaje institucional el que en última instancia debe responsabilizarse de la indemnidad del trabajador mediante compensación a la víctima por su propia falta de eficacia en la persecución del incumplimiento empresarial.

La infracción que comete el empresario en el recargo de prestaciones es de naturaleza básicamente civil porque se nutre en el marco de una relación laboral siendo su alcance de orden público cuando la Administración viene a regularlo en clave inicialmente de prevención y después de sanción social. La existencia de esta consecuencia, la del daño, es la que determina a la postre la responsabilidad o no del causante o del obligado a reparar. Es la prestación la que se recarga tomando por base la omisión de un culpable civil, el empresario, que proyecta su efecto a reparar parcialmente un daño que en lo sustantivo ya ha sido resarcido por medio del reconocimiento de la prestación. Para que se de prestación debe objetivarse una carencia de recursos que haya obligación tanto de sustituir como de mejorar, de modo que si solo hay infracción de normativa social pero no daño al trabajador, no cabe hablar de responsabilidad de Seguridad Social alguna; solo de sanción y multa. Pero cuando el daño en la persona del trabajador se objetiva, ya estamos en condiciones de abordar tanto la prestación como su *alargamiento* en clave de exigir responsabilidad bien al que aparece como su autor expreso bien al que se oculta tras la cortina de sus reconocidos deberes de prevenir y proteger.

Es manifiesto que el Derecho Administrativo Sancionador tiene sus propias peculiaridades; y la muestra más palpable consiste en la llamada responsabilidad objetiva del Estado en que no concurre culpa o negligencia en la conducta y pese a ello recibe el reproche social por no prevenir riesgos o faltar a su deber de proporcionar la debida seguridad a sus administrados. Es éste un punto crucial: la actividad laboral encierra un riesgo y la Administración conoce el índice de siniestralidad por accidentes de trabajo. Es obvio que no puede prohibir la actividad económica y por ello la regula, someténdola a una suerte de *autorización*

administrativa previa; primero mediante la inscripción de empresa y su clasificación en función de la clase de trabajo que desempeñe; pero ese control administrativo no modifica el riesgo que trata de aminorar mediante otro control añadido y nucleado en torno a la legislación de prevención de riesgos. Pese a todo, aunque exista lesión sin responsabilidad por no cometerse infracción alguna sí procede el resarcimiento: son dos momentos distintos e independientes. Se podrá cumplir la normativa de seguridad pero eso no deja fuera la obligación de reparar. Del mismo modo, el quebranto al llamado deber general de protección del empresario deja al margen el reproche que también y al mismo tiempo puede dirigirse contra la Administración; pero son juicios y valoraciones independientes que no se condicionan porque lo cierto es que constituyen dos planos de responsabilidad diferenciados.

El deber general de seguridad que al empresario impone la ley laboral sería suficiente, de existir quebranto del mismo, para generar imputación en cascada y hacerle responsable del abono del recargo de la prestación. De igual modo, la Administración debe afrontar la obligación general de asistencia y protección social que tiene encomendada respecto a sus ciudadanos en los supuestos legalmente previstos y en los que impone su deber de prevención del riesgo en el trabajo tanto a los demás como a sí misma, llegando en este caso a ser víctima de su papel intervencionista. Si el exhaustivo control que ejerce desde su posición de ventaja implica una tupida red de normas que han de ser cumplidas, ello implica que tenga coherentemente el deber -también exhaustivo- de exigir su cumplimiento. Con resultado lesivo el primer responsable es el autor directo del daño. Pero también hay otro: ¡el propio Estado que ha incumplido su obligación de asegurar el cumplimiento de los particulares! Porque si ha decidido alzarse como garante de legalidad, constatado el incumplimiento, debemos derivar a una situación de responsabilidad objetiva por hecho ajeno que en definitiva no es más que responsabilidad civil. Y también debemos admitir que pese a la exigencia de culpa en la falta administrativa, se impone un predominio de lo que cabe entender como *infracciones formales*, que ni contienen dolo o culpa ni necesariamente llevan aparejado daño que resarcir. Basta solo la mera inobservancia y el riesgo de producir un peligro abstracto para que nos enfrentemos a la infracción que, frente a la finalidad represiva de la pena, tiene el objetivo de la prevención en un ámbito público de marcado carácter social.

Estamos, pues, en presencia de una complejidad de situaciones pero sobre todo ante una pluralidad de participantes que dificultan fijar un marco seguro de responsabilidad. En un solo hecho infractor, junto al autor directo, caben los inductores, los coautores, quienes encubren y los cómplices...entre otros muchos. Como regla general, la ley administrativa cuando se plantea tan decisiva encrucijada hace responsables de las infracciones a las personas físicas o jurídicas que incurran en aquéllas. Pero también al ordenante en régimen de dependencia. Y cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de una infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquél o

aquéllos que hubieran hecho frente a las responsabilidades. Este diseño legal responde al propósito de impedir toda escapatoria al infractor pero debemos reconocer que en esta maraña de sujetos y participantes no es complicado acertar en la fijación de los verdaderos responsables, máxime cuando los recursos e instrumentos tecnológicos contribuyen decididamente a construir puentes de plata.

Este esquema pasa por ser el modelo que se irradia a las legislaciones sectoriales, partiendo del dato de la culpa hacia el autor incluso por inobservancia, pero haciendo responsable al obligado a la realización de una conducta conexa, que ahora sí cae en el marco de la exigencia objetiva. Sintetizando, podríamos decir que hay supuestos en que no hay personalización pero sí extensión de garantía. Esta imagen cabe trasladarla al empresario infractor: el recargo no puede exigirse por autoría a un tercero pero en cambio sí es posible transferir sus consecuencias a otro por vía de responsabilidad objetiva. Según este planteamiento el empresario tiene el deber de seguridad en el trabajo respondiendo en exclusiva del recargo en caso de inobservancia del mismo. Ya tenemos al autor secundario que se identifica con la persona misma del infractor. Determinar al responsable final implica saber a quién se dirige la norma, quién es en última instancia el destinatario de la misma por cuanto el mandato es general y a su cumplimiento venimos todos obligados: la prevención del accidente de trabajo se alza sobre un deber compartido entre una pluralidad de agentes, aunque su quebranto concreto y real se materialice solo por el llamado *empresario infractor*. Y ello porque debemos distinguir entre el autor material y el responsable último como venimos sosteniendo. Este papel se mantiene alejado del escenario de la infracción pero tal circunstancia de lugar no impide su imputación incluso en los supuestos en que haya obrado con diligencia, porque siempre cabe el reproche, por mínimo que sea, de que pudo haberse esforzado en su papel de vigilancia o elección de las personas obligadas al cumplimiento del deber impuesto.

Y para ello el lenguaje *meta-jurídico* es un aliado imprescindible pues no se olvide que estamos en un escenario en que tiene lugar una representación, una ficción en definitiva, y que la función debe proveerse de un texto literario con una presentación de inicio, un nudo argumental y por supuesto un desenlace: en materia de accidentes de trabajo, la tragedia y la descarnada realidad de los hechos lesivos que a menudo acompañan a las incapacidades laborales, con largos periodos de convalecencias y resultados adversos, bien pudieran constituir el prefacio de la obra representada; el nudo está formado por la prolija legislación en materia infractora y preventiva, marcada a su vez y sobre todo por las dos normas directrices que conforman la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL); y finalmente el desenlace viene protagonizado por la acción protectora que nuestro artículo de referencia, el 123 (164) de la Ley General de la Seguridad Social, comporta y que nos exige identificar al responsable de la reparación porque al infractor ya le tenemos marcado desde el primer momento. Por eso nos preguntamos si además del nudo infractor hay algún otro responsable más

allá de la apariencia y, si es así, cuál es su título de imputación y el alcance de su obligación de reparar.

Hay disfunciones que se producen por una manifiesta imperfección regulatoria que podría ser fácilmente subsanada: se constata que si desaparece la empresa obligada al recargo, la prestación también se esfuma; y si fallece el causante, la Tesorería de la Seguridad Social se embolsa la parte del capital coste no gastado en la reparación. Ante ese vacío de responsabilidad es menester acudir a la figura del garante que cubra ese déficit de protección y venga a consumir el ideal de reparación y de seguridad jurídica. Atrás ha quedado el autor del ilícito, pero no es tanto pasar factura como salvaguardar su cobro. En suma, lo decisivo no es preguntarse por qué sino, una vez acontecido, por quién deben afrontarse los efectos del siniestro, conscientes de los intrincados senderos por los que circula el principio de culpabilidad en el ilícito infractor y a sabiendas de las dificultades que encierra su localización en el comportamiento de los autores donde siempre es de apreciar al menos una mínima inobservancia en el cumplimiento de la normativa de seguridad. Tan esencial aspecto nos conduce a un marco de responsabilidad objetiva del que es inviable escapar y que consagra un principio clave para asegurar la protección a la víctima del daño, por cuanto el responsable último queda fuera de toda exigencia de culpabilidad en su conducta.

Las críticas que se hacen a la figura de nuestro estudio parten de su complejidad, aplicativa más que regulatoria, y generalmente coinciden en destacar sus valores preventivos, al menos en su propósito. Y aquí debemos incidir porque solo este objetivo sería bastante para mantenerla en pie; pero una vez más fracasa la perspectiva y el enfoque. Porque si nos empeñamos en considerarla como un remedio antiguo entre dos intereses enfrentados, entre el empresario infractor y el trabajador accidentado, sin comprometer a quien ordena y se alza como garante del proceso, poco podremos avanzar en dotarle de sentido y virtualidad. Resulta paradigmático de cuanto decimos la propia redacción del apartado 2 del artículo 123 (164) LGSS cuando hace recaer *directamente* la responsabilidad del recargo sobre el empresario, pudiendo deducirse (como nosotros hacemos) que al mismo tiempo y a su alrededor existen otros responsables, unos más evidentes que otros, a quienes también puede alcanzar. Por eso nuestro empeño en distinguir los vocablos en concurso: directa sí pero no exclusiva, mantenemos; como si el entorno social y los agentes que en su producción y prevención intervienen fuesen seres inmateriales y (jesto es lo más grave!) impunes. Este criterio restrictivo de responsabilidad empresarial se genera sin duda en el contexto del contrato de trabajo y en los albores de un Estado Mínimo. Pero seguir esa línea -que implica entronizar la función punitiva del recargo al margen de todo criterio tuitivo- se muestra contrario a la realidad: no puede hacerse gravitar la deuda de seguridad en el trabajo exclusiva y excluyentemente sobre el empresario sancionando con la nulidad de pleno derecho todo propósito que tenga por objeto desplazar tal responsabilidad. Y la fórmula la reiteramos ahora: basta con reconocer la existencia de la responsabilidad compartida y con admitir la innegable

intervención pública que sin atajo alguno conduce al valor de la solidaridad. Porque si bien está que la infracción se predique del empresario y de los agentes de proximidad que intervienen, sean éstos auditores o trabajadores autónomos, mejor aún estaría que a la magnitud de obligaciones impuestas y participantes en la seguridad y la salud de los trabajadores pueda unirse el propio Estado como garante último de un deber de rango constitucional, porque es manifiesto que el máximo valor de la vida y la integridad física así lo justifican.

Es por tanto la transgresión de un deber objetivo de cuidado lo que determina la responsabilidad más que la lesión efectiva de un derecho, porque en la perspectiva global de ese proceso prevalece el factor preventivo frente a la asunción del resultado dañoso. En este marco de obligaciones, el empresario debe procurar los medios e informar sobre el correcto uso de los mismos, vigilando de su cumplimiento; y debiendo el trabajador ajustarse a las instrucciones que en este sentido emanen del poder directivo de aquél. Pero sin duda la deuda integral de seguridad rebasa el marco estricto del contrato de trabajo para comprometer a otros responsables en cuyo horizonte siempre figura la Administración Pública como garante final. Queda así superado el marco contractual *sensu stricto*, porque junto al autor material cabe imputar responsabilidad a otros agentes que se mueven en su entorno dado que lo relevante no es tanto determinar quién fue el autor de la infracción como señalar y determinar el sujeto que debe responder de la conducta antijurídica.

DUODÉCIMA: SU INTEGRACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO SIMPLIFICA SU MECANISMO Y DINÁMICA.

Mediante la normativa de prevención de riesgos el Estado establece las garantías en orden a la protección de la seguridad en el trabajo, por lo que en última instancia asume y se responsabiliza de la indemnidad del trabajador por su propia falta de eficacia en la persecución del incumplimiento empresarial. La salida que a nuestro juicio merece el recargo supone integrarlo en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado conforme a los principios que rigen esta técnica general de reparación por razón de garantía para, una vez depurado, renacerlo bajo un nuevo rostro y en contexto distinto. Como ave fénix que necesitara de un nuevo aire para sobrevivir.

El recargo es institución aprovechable para combatir la siniestralidad; por ello debe ser mantenido (recuperado en los términos propuestos), aunque simplificando su dinámica, y desprovisto de complejidades y contradicciones conforme al siguiente esquema que a continuación proponemos:

1. Una vez se ha producido el accidente o causado la enfermedad profesional, la Inspección de Trabajo determina si ha existido infracción del deber de seguridad y de la normativa sobre prevención de riesgos, estableciendo en caso positivo la sanción que corresponda y sentando los criterios de responsabilidad a repartir entre los distintos agentes intervinientes.

2. Esta actuación se elevará a la Administración de la Seguridad Social que resolverá sobre las circunstancias del evento y su alcance en lo referente a la autoría y sujetos responsables, determinando las consecuencias económicas que distinguirá entre la sanción y la indemnización resarcitoria que de una sola vez repare íntegramente el daño, omitiendo porcentaje expreso.

3. Contra la resolución, las partes pueden recurrir en exclusiva ante la jurisdicción social.

Elemental esquema no resuelve la infinidad de matices que la compleja realidad del accidente encierra, pero al menos conserva el basamento represivo de su origen y sobre todo su objetivo reparador. Y lo que es más importante, aporta sencillez y eficacia. Ciertamente es un decidido paso adelante en el proceso de afianzamiento de la responsabilidad objetiva, lo que evidencia los delicados espacios en que se mueve el deber de seguridad empresarial, único que figura en el punto de mira del enjuiciamiento como si el factor preventivo de la Administración nada importase en un contexto de garantías donde ésta tiene un papel predominante y que, de no darse en toda su extensión, en última instancia siempre termina perjudicando a la víctima. Una consecuencia entonces se abre paso: el único que al margen queda es el garante, que al menos podría cargar con parte de la responsabilidad en lo tocante a su condición de diseñador del tráfico en un espacio público en que el accidente acontece, y regulador de cuantos aspectos nutren la prestación del servicio ejecutada en condiciones de mera objetividad.

Existe la oportunidad inmejorable a estas alturas del presente siglo de hacer una propuesta de renovación íntegra del instituto cuestionado. Y para lograr ese propósito no caben argumentos ni sofismas como el de la *regulación diferenciada* u otros que puedan imaginarse, pues nos parece del todo punto un desvarío adoptado sin entusiasmo y fundamento escaso. Por ello deben evitarse pronunciamientos de nuestros tribunales que alberguen fórmulas esquivas o acomodadas y dejen abierta la herida no solo de la naturaleza en particular sino del recargo en su conjunto y sus derivaciones. Todavía para Nuestro Más Alto Tribunal el recargo no es prestación de Seguridad Social por cuanto en la última jurisprudencia se mantiene destacadamente el componente sancionador y se autoriza el descuento de prestaciones de Seguridad Social con el argumento de que el daño a reparar es único. Por ello se permite la acumulación de acciones y de indemnizaciones, aunque no de forma absoluta y suplementaria sino relativa por complementariedad y sobre conceptos homogéneos.

Finalmente, para la reelaboración del instituto jurídico estudiado nos permitimos exponer las siguientes propuestas:

- El principio de socialización del riesgo y la superación de la responsabilidad subjetiva debe llevar a la fijación de parámetros objetivos al margen de la culpa del agente en la producción del daño.
- La siniestralidad laboral desborda el estricto campo del contrato de trabajo por lo que deben considerarse los factores públicos que predominan en la prevención de los riesgos laborales.
- El marco normativo implica a los poderes públicos de manera incuestionable obligándoles a velar por la seguridad e higiene en el trabajo sin duda conectado al derecho fundamental a la vida y a la integridad del trabajador.
- La tutela judicial debe extenderse no solo a las situaciones posteriores al daño, sino también a las que impliquen un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse.
- Es preciso profundizar en los principios de actuación pública: la coordinación de las distintas Administraciones Públicas en orden a la disminución de siniestros; y la participación institucional de empresarios y trabajadores en los organismos públicos preventivos para extender la corresponsabilidad y reforzar un amplio compromiso social en la búsqueda de soluciones estables.
- En el sector público se mantienen una serie de peculiaridades respecto del régimen preventivo general, que centra el papel de la Administración en su labor normativa y, paradójicamente, la excluye de responsabilidad en su labor de garante. Al margen de la civil subsidiaria derivada de otras, cabría su imposición directa en el contexto de la llamada responsabilidad patrimonial.
- En la llamada *gestión integral* de la prevención no podemos dejar fuera a su principal agente, esto es, a la Administración Pública como garante de una situación objetiva de riesgo consustancial a toda actividad laboral por vía de *inobservancia in vigilando*.

En definitiva, el amplio marco de responsabilidad empresarial en la prevención de riesgos laborales incluye de forma directa el recargo de prestaciones de Seguridad Social que viene aplicándose en términos restrictivos debido al nexo causal incontestable que debe darse entre infracción y resultado dañoso. No obstante lo cual y a modo de compensación el grado de responsabilidad se extiende al empresario de forma amplia, toda vez los ilimitados perfiles del deber de seguridad activan con generosidad la presencia de culpa por mínima y diferida que se muestre. En esta dicotomía se esconde la confusión que anida en su tratamiento, porque se ha forzado

por la jurisprudencia social una rutina sancionadora con el propósito de no descontarlo de la reparación integral, pero en realidad se le está privando de su abierta naturaleza resarcitoria (¡no deja de ser un incremento de la prestación de Seguridad Social!) para así reordenar de forma unitaria el *laberinto* de vías encontradas y responsables esquivos que concurren en su apariencia final.

Por eso se hace necesario que la Administración Pública como garante del deber social de seguridad en el trabajo asuma la responsabilidad de este singular remedio de la reparación mejorada del daño en los términos que quedan expuestos.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho civil 2, Derecho de obligaciones*. Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 1973.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 1991.

ALONSO OLEA, M., *El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1990*, en *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, I Centenario de la Seguridad Social, nº VIII, julio 2000.

- *Derecho del Trabajo (4ª ed. revisada)*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1976.

- *Instituciones de Seguridad Social, 8ª Edición revisada*, Civitas, Madrid, 1982.

ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE M. E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1999.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Editorial Civitas, Madrid 2002.

ALONSO SECO J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, 2000.

ÁLVAREZ JUNCO, J. y MORENO LUZÓN, J., *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ-OSSORIO GÁLVEZ, A. y MORENO Y BRAVO, E., *Responsabilidad de administradores: Aspectos procesales*, Editorial Dykinson, 1999.

APARICIO TOVAR, J., *Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salubridad en el trabajo*, Relaciones Laborales, Tomo I, 1994.

ARAGÓN GÓMEZ, C., *La prestación contributiva de Seguridad Social*, Lex Nova, 2013.

BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M. G., *Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia*, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, M. G. (Coordinadores), *Protección social de las personas dependientes*, Editorial La ley, Las Rozas (Madrid), 2004.

BARRIOS BAUDOR, G. L., *La protección social en la Unión Europea: de la*

Constitución Europea al Tratado de Lisboa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 92 (2011).

- *La valoración de la dependencia*, Documentación Laboral número 102 (2014).

BASTID, P., *Sieyes et sa pensée*, Librairie Hachette, Paris, 1939.

BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Editorial Trotta, Madrid, 1991.

BECK U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1997.

BLASCO LAHOZ, J .F., *Recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo*, Tirant on line 31/03/2010.

BORRAJO DACRUZ, E., *Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la ley de 1900)* , en AA. VV. en *Cien años de Seguridad Social* (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.), La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

CALVO GALLEGU, F. J., *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil contractual del empleador*, Editorial Aranzadi, 1988.

CAPILLA BOLAÑOS, J. A., *Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización. Criterios de cuantificación*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 74 (2008).

CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F. J., *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*. Editorial Bomarzo, Albacete 2005.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C., *Compatibilidad de responsabilidades y recargo de prestaciones*, Temas Laborales número 63, 2002.

- *Descentralización productiva y responsabilidad solidaria derivada de accidente de trabajo*, Revista Doctrinal Aranzadi Social 3/2011 (BIB 2011/893).

CASTÁN TOBEÑAS, J., *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, Editorial Reus, 1954.

- *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947.

- *Teoría y aplicación e investigación del derecho: (metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo)*, Madrid, Reus , 1947

CAVAS MARTÍNEZ, F. *El recargo de prestaciones*, en Camps Ruiz, L. M., Ramírez Martínez, J. M. y Sala Franco, T. (coordinadores), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CEA AYALA, A., *El recargo en las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: criterios jurisprudenciales y administrativos*, Actualidad laboral nº 3, 1999.

- *La responsabilidad patrimonial en el ámbito de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social*, Actualidad administrativa nº 1, 2013.

CICERÓN, M. T., *De senectute*, Editorial Triacastela, Madrid, 2001.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., *Procedimientos concursales y derechos de los trabajadores*, Colección Abogados Jóvenes, Madrid, 1982.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los riesgos laborales*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007.

CORREA CARRASCO, M., *Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

CRUZ VILLALÓN, J., *Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales*, en AA. VV. (Rodríguez Piñero-Royo, coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.

DAVID, R., *La personnalité morale et ses limites. Études de Droit comparé et Droit International Public*, en *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris*, Paris, 1960.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*. Editorial Civitas, Madrid, 1995.

DE CASTRO y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1984.

- *Derecho Civil de España, ¿Crisis de la sociedad anónima? La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía. Aspectos laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

DE LA VILLA GIL, L. E., *La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español*, en AA. VV. en *Cien años de Seguridad Social* (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.), La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

- *La extinción del contrato de trabajo*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960.

- *Curso de doctorado sobre concepto de empresario*, Universidad Autónoma de Madrid, 1.998-99.

DE LA VILLA GIL, L. E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, Universidad Autónoma de Madrid, 1987.

DE MIGUEL y NAVAS, R., *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico* (11ª edición corregida y aumentada), Sáenz de Jubera Hermanos Editores, Madrid, 1897.

DEL REY GUANTER, S., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, 2008.

- *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

DEL VECCHIO, G., *Crisis del derecho y crisis del Estado*, Librería General de Vitoriano Suárez, Madrid, 1936.

- *La verdad en la Moral y en el Derecho*, Instituto de Cultura Hispánica, 1966.

- *Los principios generales del Derecho*, Editorial Bosch, 1971.

DESDENTADO BONETE, A., *El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate*, Revista de Derecho Social nº 21, 2003.

- *El daño y su valoración en los accidentes de trabajo*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 79, 2008.

- *Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo*, Relaciones laborales nº 14, 2008.

DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones en VV. AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, Dirs.) Cien años de Seguridad Social*, La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

- *Procedimiento Administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas: recargo de prestaciones y declaración de la incapacidad permanente. Caducidad y prescripción*. Revista de Derecho Social nº 40 (2007).

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *El suicidio no es un acto voluntario, sino un accidente laboral (A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social número 11 de Madrid, de 14 de noviembre de 2005)*, Revista de derecho Patrimonial nº 18, 2007.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid. 1999.

- *Sistema de Derecho Civil. Volumen II, 1. El contrato en general, la relación obligatoria*, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

- *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid nº 4, *La responsabilidad en el Derecho*, 2000.

DOMINGO OSLÉ, R. y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos*, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 2000.

DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España. Estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Editorial del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.

DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual del Derecho Civil Español, Obligaciones y contratos*, Volumen III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.
- *Manual de Derecho Civil Español, Derechos reales*, Volumen II, Madrid, 1968.

FERNÁNDEZ GREGORACI, B., *Recargo de las prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de punitive damages*, Anuario Derecho Civil nº 1, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- *Accidente de trabajo: prestaciones e indemnizaciones. Un nuevo paso en el vaivén judicial*. Revista de Derecho Social nº 45, 2009.

FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996.
- *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Servicio de Publicaciones del Ministerio del Trabajo, Madrid, 1975.

FERNÁNDEZ-CARVAJAL GONZÁLEZ, R., *Sobre la idea del Derecho en Federico de Castro*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

FERRARA, F., *Gli imprenditori e le società*, Editorial Giuffré, Milano, 1996.

GALBRAITH, J. K., *El nuevo Estado industrial*, Ariel, Barcelona 1984.

GALDÓS LOYOLA E., *La vigencia del recargo de las prestaciones a través de su interpretación y práctica*, Editorial Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Apuntes de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1972-1973.
- *La Administración Española*, Alianza Editorial, Madrid, 1972.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo. II. 12ª ed.*, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

GARCÍA ORTEGA, J., *El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional: determinación de la falta de medidas de seguridad por riesgo psicosocial (acoso moral horizontal) y la compatibilidad del recargo con la indemnización por daños morales*, Aranzadi Social nº 2, 2008.

GARCÍA VARELA, R., *La responsabilidad por hecho ajeno*, Diario La Ley nº 6874, Sección Columna, Año XXIX, Editorial La Ley, febrero 2008.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Hablando de prevención de riesgos laborales: el atraco a entidades bancarias como riesgo evaluable*, en Justicia Laboral, revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 38, 2009.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Lex Nova Thomson Reuters, 2015.

GARRIDO PÉREZ E., *Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción*, Temas Laborales número 51 (1999).

GARRIGUES y DÍAZ CAÑABATE, J., *Curso de derecho mercantil (6ª ed.)*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1974.

GÁZQUEZ SERRANO, L., *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Editorial Reus, 2012.

GIL ALBURQUERQUE, R., *Aspectos iuslaborales de la instrumentación societaria ilícita*, Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid nº 5, Junio 1997.

GIL y GIL, J. L., *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2000.

GINÉS i FABRELLAS, A., *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, Editorial La Ley, 2012.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *Reflexiones sobre la responsabilidad civil o indemnizatoria por daños de acoso moral en el trabajo*, en CORREA CARRASCO, M. (Coordinador) *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

GÓMEZ ARBÓS, J., *Formación preventiva. Concepto y responsabilidades*, Revista Doctrinal Aranzadi Social BIB\2012\30, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J., *La incompleta tutela del recargo en supuestos de acoso laboral*, Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 7, 2012.

- *Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por los daños ocurridos en el lugar de trabajo*, Revista Doctrinal Aranzadi nº 15, 2010.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La responsabilidad por recargo de prestaciones en el caso de concurrencia de actividades*, Aranzadi Social, (BIB 2012/643), Pamplona, 2012 .

- *A vueltas con el concepto de accidente de trabajo, en el supuesto de enfermedades comunes manifestadas en tiempo y lugar de trabajo*, Aranzadi Social nº 5, 2008.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, M. G., *Protección social de las personas dependientes*, Editorial La ley, Las Rozas (Madrid), 2004.

GONZÁLEZ SEARA, L., *La responsabilidad social de la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 50, 2004.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *La siniestralidad laboral*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2004.

GONZALO GONZÁLEZ, B. y LÓPEZ CUMBRE, L., *Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de la Seguridad Social*, en VV. AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, dirs.), *Cien años de Seguridad Social*, La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

GORELLI MENÉNDEZ, J., *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Tecnos, 2006.

HERNÁNDEZ GIL, A., *El Ordenamiento Jurídico y la idea de la justicia*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1980.

HERRAIZ MARTÍN, M. S., *La gestión del tiempo de trabajo en el siglo XXI, ¿Flexibilidad para quién?*, Editorial Laborum, Murcia, 2014.

IGARTÚA MIRÓ, M. T., *Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios. Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones recientes (RD 337/2010 y RD 404/2010)*, Documentación Laboral nº 88, vol. 1, 2010.

IGLESIAS CABERO, M., *El recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 78, 2009.

IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002.

IHERING, R. v., *¿Es el derecho una ciencia?*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- *La lucha por el Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2008.

IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R., *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del Trabajo*, Editorial Colex, Madrid, 1989.

IRUZUBIETA PELÁEZ, M., *Responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en el ámbito laboral*, Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid nº 5, Junio 1997.

JURADO SEGOVIA, A., *Enfermedades psicológicas y accidente de trabajo: a propósito de un supuesto de acoso de una trabajadora con dolencias previas*, Aranzadi Social nº 13, 2009.

LAHERA FORTEZA, J., *Compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y prestaciones sociales en los accidentes de trabajo: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad empresarial? (Comentario a la STS, Sala 4ª, 22 de septiembre de 2008)*, Relaciones Laborales nº 7, 2009.

LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de obligaciones*, Thomson-Aranzadi, 2006.

LÓPEZ CUMBRE, L., *La Prejubilación*, Civitas, Universidad Autónoma de Madrid, 1988.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

MALDONADO MOLINA, J. A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español* Madrid, Editorial Reus, Madrid, 1973.

MARÍN CORREA, J. M., *Accidente de trabajo. Ampliación del concepto*, en VV.AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, dirs.) *Cien años de Seguridad Social*, La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Límites constitucionales en el recargo de prestaciones*. Actualidad jurídica Aranzadi 824/2012.

MARTÍN VALVERDE, A., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

- *El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal*, en VV.AA. (GONZALO GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, dirs.), *Cien años de Seguridad Social*, La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO, S., *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Editorial Civitas, 1992.

MARTÍNEZ LUCAS, J. A., *Los orígenes del recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, en VV.AA. *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

MERCADER UGUINA, J. R., *El principio de culpabilidad. Especial referencia a los supuestos de concurrencia de empresarios. La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los riesgos laborales*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

- *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La ley/Instituto de Seguridad Social Juan Luis Vives, Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

- *Concepto y concepciones de la dependencia*, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, M. G. (coordinadores), *Protección social de las personas dependientes*, Editorial La ley, Las Rozas (Madrid), 2004.- *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2003.

- *Lecciones de Derecho del Trabajo* (2ª ed.), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MERCADER UGUINA, J. R. y SUÁREZ, B., *La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito laboral*, en AA. VV. (A. ROJO y E. BELTRÁN, dirs.), *La responsabilidad de los administradores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIVIÑO, C., *Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MIÑARRO YANINI, M., *La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales: el desarrollo del artículo 24 de la ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*, Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 9, Pamplona, 2004.

MOLERO MARAÑÓN, M. L., *Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral* Relaciones laborales, Revista crítica de teoría y práctica nº 7, 2001.

MOLINA NAVARRETE, C., *El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace justicia disuasoria*, Aranzadi Social nº 22, 2011.

MOLINER TAMBORERO, G., *La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en el sistema de la Seguridad Social*, Tribuna Social nº 125, 2001.

MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, la modernidad de una institución tradicional*, Estudios de Derecho Laboral, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

MONEREO PÉREZ, J. L. y SÁNCHEZ PÉREZ, J., *El recargo de prestaciones en los supuestos de acoso laboral*, Revista Doctrinal Aranzadi Social (BIB 2013\433), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.

MONREAL BRINGSVAERD, E., *Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas*, Actualidad Laboral nº 3, Editorial La Ley 718/2011.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho y Trabajo*, Editorial Civitas, 1997.

- *El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 140, 2008.

- *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

- *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.

- *Derecho del Trabajo (2ª ed.)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978.

MORENO GRAU, J., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales en el Derecho positivo español, La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los riesgos laborales*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.

MUÑOZ MOLINA, J., *El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 59, 2005.

MUÑOZ RUIZ, A. B., *El sistema normativo de la prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

NAVARRO APARICIO J. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *El recargo de prestaciones*, en CAMPS RUIZ, L. M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. (coordinadores), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

- *Régimen sancionador de las Administraciones Públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivizador del Derecho Administrativo Sancionador*, Cuadernos de Derecho Local nº 14, 2007.

- *Responsabilidad personal y responsabilidad del Estado*, Anales de la real Academia de Ciencias Morales y Políticas nº 85, 2008.

OJEDA AVILÉS, A., *Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica*, Relaciones Laborales, tomo II, 2000.

OLARTE ENCABO, S., *Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades*, Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social nº 80, 2005.

OLIVER REUS, A., *Procedimiento adecuado y reglas de acumulación en los procesos de recargo de prestaciones e impugnación de sanción*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 171/2014, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014.

PACHUKANIS, E. B., *Teoría general del derecho y marxismo*, Editorial Labor, Barcelona, 1976.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo Español (1873-1923)*, Tecnos, Madrid, 2002.

PANIZO ROBLES, J. A., *Un nuevo problema en los casos de sucesión de empresas: la empresa sucesora ha de responder solidariamente con la sucedida del recargo de prestaciones de SS por falta de medidas de seguridad en el trabajo (STS de 23 de marzo de 2015. RCU. 2057/2014)*. Editorial Aranzadi (BIB 2015/2073), Pamplona, 2015.

PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, de 28 de Marzo de 1984*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 5, 1984.

- *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid nº 4, *La responsabilidad en el Derecho*, 2000.

PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., *Incumplimientos preventivos, enfermedad profesional y recargo de prestaciones*, Revista Doctrinal Aranzadi, BIB/2010/1903.

- *El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud*, en Revista Doctrinal Aranzadi, BIB/2000/505.

PÉREZ CAPITÁN, L., *El non bis in idem en el derecho sancionador laboral. La jurisprudencia de la última década*. Aranzadi Social, volumen II, 2007.

PÉREZ PÉREZ, M., *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1980.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro (STS de 15 de enero del 2008, Ponente: Encarnación Roca Trias)*, Diario La Ley nº 6895, 2008.

PIC, P., *Estudio crítico de la ley de accidente de trabajo francesa de 9 de abril de 1898*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2002.

PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Ibérico-americana, 1996.

PURCALLA BONILLA, M. A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Editorial Comares, Granada, 2000.

RIVERA SAGANTA, J., *Seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado del Bienestar*, Revista Fomento del trabajo nº 2089, 2000.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Sociedad de responsabilidad limitada y empresa familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)*, Revista de Derecho de Sociedades nº 21, 2003.

RODRÍGUEZ SANTOS, B., *Comentarios a la ley de Seguridad Social, Volumen II-Accidentes*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1983.

RODRÍGUEZ SANTOS, E., *Ampliación del concepto de accidente de trabajo en caso de enfermedades previas agravadas (art. 115.2 LGSS)*, Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 9/2014, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014.

- *La responsabilidad por recargo de prestaciones derivada de la enfermedad profesional*, Revista Doctrinal Aranzadi nº 8/2010, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo*, en VV. AA. (GONZALO

GONZÁLEZ/NOGUEIRA GUASTAVINO, dirs.), *Cien años de Seguridad Social*. La Fraternidad-Muprespa, UNED, 2000.

- *Accidente de trabajo, responsabilidad patrimonial del empresario y orden jurisdiccional competente*, Relaciones Laborales nº 14, 2007.

ROMERO BURILLO, A. M., *El recargo de prestaciones en los supuestos de sucesión de empresas*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 164/2014. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014.

ROMERO RÓDENAS, M. J., *El recargo de prestaciones en la doctrina judicial*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010.

ROQUETA BUJ, R., *La protección de la dependencia: comentarios a la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J., *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., *¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial*, Revista de Derecho Social nº 33, 2006.

SAGARDOY DE SIMÓN, I., *Comentario al artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, (BIB 2008/3383), Editorial Aranzadi, 2008.

SALA FRANCO, T., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SALVADOR CODERCH, P., *Punitive damages*, InDret nº 1, 2000.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Revista de Derecho Privado, 1977.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Programa de Derecho Civil Español, Común y Foral*, Editorial Rivadeneyra, Madrid, 1906.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Interacción empresarial, seguridad y salud y empresas de trabajo temporal*, Seguridad Social y Medio Ambiente nº 116, 2009.

-*Política de envejecimiento activo y protección social*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 79, 2009.

-*Protección social pública de la tercera edad y su complejo marco jurídico*, Cívitas, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 148, 2010.

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y Derecho procesal* (3ª ed.), Editorial Montecorvo, Madrid, 1981.

SANZ ENCINAR, A., *El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid nº 4, *La responsabilidad en el Derecho*, 2000.

SAVIGNY, F. K., *Sistema del Derecho Romano actual*, Editorial Comares, Granada, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A. V., *¿Responde la empresa principal del recargo de prestaciones impuesto a la auxiliar?* en Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2/2008 (BIB 2008/445).

- *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2003.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.

- *El recargo de prestaciones: puntos críticos*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 53, 2004.

SEMPERE NAVARRO, A. V. *et alii*, *Comentario al artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social. Recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, Editorial Aranzadi, Códigos con Jurisprudencia (BIB/2008/3299).

SERICK, R., *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1958.

SUPIOT, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

- *Informe francés* en MARZAL, A. (Ed.), *Protección de la salud y Derecho social*, Editorial Bosch y Esade-Facultad de Derecho, Barcelona, 1999.

TOLOSA TRIVIÑO, C., *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2003.

ULPIANO, D., *Reglas de Ulpiano, texto latino*, Ministerio de Justicia-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1946.

VIDA SORIA, J. *et alii*, *Manual de Seguridad Social (2ª ed.)*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.